

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE190067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin Dr. S. Janssen  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

## **Beschluss und Urteil vom 28. Januar 2020**

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger

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

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 9. Dezember 2019 (EE190086-I)**

### **Erwägungen:**

1. a) Die Parteien stehen seit dem 23. September 2019 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 4/1, 4/2 und 4/6). Am 27. November 2019 fand eine erstinstanzliche Verhandlung statt, anlässlich welcher die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ihr Gesuch um Anordnung von Eheschutzmassnahmen begründete (Prot. I S. 3f.) und der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) zum Eheschutzgesuch Stellung nahm (Prot. I S. 5ff.). Beide Parteien wurden sodann befragt (Prot. I S. 5ff.). Schliesslich vertagte die erstinstanzliche Richterin die Verhandlung (Prot. I S. 22). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2019 entschied die Vorinstanz im Sinne vorsorglicher Massnahmen Folgendes (Urk. 4/28 S. 2f. = Urk. 2 S. 2f.):

- "1. Für die Dauer des Eheschutzverfahrens wird dem Gesuchsgegner verboten, mit der Gesuchstellerin sowie den gemeinsamen Kindern C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ in irgendeiner Form Kontakt aufzunehmen, namentlich auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg. Widerhandlungen werden gemäss Art. 292 StGB mit Busse bestraft.
2. Die eheliche Wohnung an der G.\_\_\_\_\_-strasse ..., H.\_\_\_\_\_, wird für die Dauer des Eheschutzverfahrens der Gesuchstellerin zugeteilt.
3. Schriftliche Mitteilung an
  - die Gesuchstellerin,
  - den Gesuchsgegner (eigenhändig übergeben),
  - die Kantonspolizei Zürich, Fachstelle Häusliche Gewalt,je gegen Empfangsschein.
4. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.  
Die Berufung hat keine aufschiebende Wirkung.  
Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO)."

b) Gegen diese Verfügung erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 23. Dezember 2019 innert Frist (vgl. Urk. 29) Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"1. Es sei das in Ziff. 1. der Verfügung vom 9. Dezember 2019 verfügte Kontaktverbot in Bezug auf die Kinder C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zulasten der Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag:

"Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 4/1-33).

2. Die Berufung hat schriftlich und begründet zu erfolgen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Demzufolge hat die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit dem Entscheid der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren vor der Vorinstanz falsch gewesen sein soll. Dieser Anforderung genügt ein Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist bzw. diese wiederholt, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2, m.w.H.; BGE 141 III 569 E. 2.3.3 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 2013 Nr. 4). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

3. Die Vorinstanz begründete die Anordnung des Kontaktverbots im Sinne von Art. 172 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 28b ZGB mit dem Auslaufen der Massnahmen gemäss Gewaltschutzgesetz am 1. Januar 2020, der nach wie vor sehr angespannten Situation zwischen den Parteien und dem Umstand, dass sich der Gesuchsgegner in der Vergangenheit wiederholt nicht an das von der Kantonspolizei und dem Zwangsmassnahmengericht ausgesprochene Kontaktverbot gehalten habe. Anlässlich der Verhandlung vom 27. November 2019 habe sich der Gesuchsgegner mit einer vorläufigen Verlängerung des Kontaktverbots überdies einverstanden erklärt (Urk. 2 S. 2).

4. Der Gesuchsgegner macht berufungsweise geltend, es treffe nicht zu, dass er mit einer einstweiligen Verlängerung des Kontaktverbots einverstanden gewesen sei; er sei lediglich mit dessen Verlängerung um ein paar Wochen einverstanden gewesen, nicht aber für eine im Moment noch nicht absehbare Zeit wie die Dauer des Verfahrens, welches noch ein paar Monate dauern könne (Urk. 1 S. 4f.).

5. a) Dem Protokoll der vorinstanzlichen Verhandlung vom 27. November 2019 lässt sich entnehmen, dass die Gesuchstellerin nach der Ankündigung der erstinstanzlichen Richterin, die Verhandlung werde vertagt, einen Antrag auf ein vorläufiges Kontaktverbot und um vorläufige Zuteilung der ehelichen Wohnung an die Gesuchstellerin für die Dauer des Verfahrens gestellt hat. Daraufhin hat sich der Gesuchsgegner mit dem vorläufigen Kontaktverbot und der vorläufigen Zuteilung der ehelichen Wohnung an die Gesuchstellerin für die Dauer des Verfahrens einverstanden erklärt (Prot. I S. 22).

b) Protokolle sind öffentliche Urkunden und geniessen daher öffentlichen Glauben. Dem Gerichtsprotokoll kommt positive und negative Beweiskraft zu, die darin beurkundeten Vorgänge und Inhalte gelten als geschehen, die nicht beurkundeten als unterlassen. Es besteht eine Vermutung der Richtigkeit des Protokollinhaltes (BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 4). Möchte der Gesuchsgegner daher geltend machen, dass im erstinstanzlichen Protokoll seine Zustimmung zur einstweiligen Verlängerung des Kontaktverbots für die Dauer des Eheschutzverfahrens nicht richtig protokolliert worden sei, so hätte er unverzüglich nach Kenntnisnahme des angeblichen Fehlers bei der Vorinstanz ein Protokollberichtigungsbegehren stellen müssen (KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 235 N 14 m.w.H. und N 16f.). Dass der Gesuchsgegner ein solches Begehren gestellt hätte, lässt sich indessen weder seiner Berufungsschrift noch den vorinstanzlichen Akten entnehmen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner vor Vorinstanz sein Einverständnis zum vorläufigen Kontaktverbot für die gesamte Dauer des Verfahrens und nicht lediglich für einige Wochen gegeben hat.

6. a) Der Gesuchsgegner bringt ferner vor, er habe in sämtlichen Befragungen bestritten, die Kinder geschlagen oder gedroht zu haben, den Bruder der

Gesuchstellerin umbringen zu lassen. Insgesamt ergäben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass zum Schutz des Kindeswohls ein gänzlichliches Kontaktverbot erforderlich wäre. Ein solches sei sodann nicht im Interesse der Kinder. Auch wenn das Kontaktverbot auf die Dauer des Eheschutzverfahrens beschränkt sei, so könne dieses ohne Weiteres noch ein paar Monate dauern. Zudem bestehe das Kontaktverbot bereits seit drei Monaten; die Vorinstanz hätte hinsichtlich der Kinder mildere Massnahmen prüfen müssen. Die Anordnung eines vollständigen Kontaktverbots für die Dauer des Eheschutzverfahrens stelle eine unverhältnismässige Massnahme dar und verletze sein Recht auf Achtung des Familienlebens (Urk. 1 S. 4).

b) Angesichts seiner aktenkundigen Zustimmung zur einstweiligen Verlängerung des Kontaktverbotes sind diese Vorbringen des Gesuchsgegners im vorliegenden Berufungsverfahren nicht mehr relevant, umso mehr, als die Vorinstanz das Kontaktverbot hinsichtlich der Kinder ausdrücklich unter Vorbehalt der Aufhebung von Amtes wegen angeordnet hat (Urk. 2 S. 2). Sollte der Gesuchsgegner sodann der Auffassung sein, dass sich die Verhältnisse seit seiner Zustimmung zur einstweiligen Verlängerung des Kontaktverbots wesentlich und dauerhaft geändert haben, bliebe ihm die Möglichkeit, vor Vorinstanz im Rahmen der Abänderung vorsorglicher Massnahmen die Aufhebung des Kontaktverbots zu verlangen.

c) Dass der Gesuchsgegner hinsichtlich seiner Erklärung, er sei mit der einstweiligen Verlängerung des Kontaktverbotes einverstanden gewesen, einen Willensmangel geltend machen will, lässt sich überdies den Vorbringen des nunmehr anwaltlich vertretenen Gesuchsgegners im Berufungsverfahren nicht entnehmen (Urk. 1).

7. Zusammengefasst ist die Berufung des Gesuchsgegners abzuweisen. Da sich die Berufung somit sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort der Gesuchstellerin (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

8. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind für

das Berufungsverfahren keine zuzusprechen, dem Gesuchsgegner infolge seines Unterliegens, der Gesuchstellerin mangels erheblicher Umtriebe in diesem Verfahren (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

9. a) Der Gesuchsgegner beantragt im Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Begründung, sowohl er als auch die Gesuchstellerin lebten von der Sozialhilfe und seien mittellos. Zudem sei er rechtlich unerfahren und spreche nur schlecht deutsch, so dass er auf die Hinzuziehung eines Rechtsvertreters angewiesen sei (Urk. 1 S. 2 und S. 5).

b) Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 117 ZPO setzt neben der fehlenden Verfügbarkeit der erforderlichen Mittel die fehlende Aussichtslosigkeit voraus. Wie soeben gezeigt, erweist sich die vorliegende Berufung des Gesuchsgegners sogleich als aussichtslos, weshalb sein Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen ist.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung des Gesuchsgegners wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 9. Dezember 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 1, sowie an die Kantonspolizei Zürich, Fachstelle Häusliche Gewalt, sowie an die Vorinstanz unter Beilage der erstinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.
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 in einem Verfahren betreffend 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, 28. Januar 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:  
sn