

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220064-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin Dr. S. Scheiwiller

Urteil vom 2. Februar 2023

in Sachen

A._____, gesetzlich vertreten durch die Mutter, Dr. med. B._____,
Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

C._____,
Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

betreffend **vorsorgliche Massnahme (Persönlichkeitsverletzung)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 17. August 2022 (ET220018)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei der Beklagte superprovisorisch und unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall (Art. 292 StGB) richterlich anzuweisen, nachfolgend aufgelistete Beiträge (Posts) mit Bildern, Videos, Texten aus seinen Accounts bei Facebook "C._____" und Instagram "C'._____" sowie den Post in der öffentlichen Facebook-gruppe "D._____" zu entfernen und es sei ihm superprovisorisch und unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall (Art 292) zu verbieten, weitere Posts mit Bildern, Videos auf denen der Kläger erkennbar ist und/oder Texte über den Kläger zu veröffentlichen.

Posts auf Facebook Account "C._____" und Facebookgruppe "D._____.":

- Video ohne Textbeitrag gepostet am 6. August 2022 auf dem der Kläger sich auf einer Treppe nach unten bewegt.
- Video ohne Textbeitrag gepostet am 6. August 2022 auf dem der Kläger mit Ringen schwingt
- Video mit Textbeitrag " #treppen#steigen passend zum #sound. After many #months and a hard #fight in #court, we can have #fun again in the #climbing #gym. Because of some #lousy "tricks from his #mother, we were no longer #allowed to see each other. #E._____. #F._____. #zurich" gepostet am 6. August, auf dem der Kläger sich auf einer Treppe nach unten bewegt.
- Foto mit Textbeitrag "E._____. ..., auf dem Weg nach oben." gepostet am 6. August, auf denen der Kläger in einer Kletterwand zu sehen ist
- Foto mit Textbeitrag "#erinnerungen" gepostet am 14. August 2022, auf dem der Kläger auf dem Oberkörper des Beklagten liegt
- Foto mit Textbeitrag "#hidden#behind#drillingmachine" gepostet am 14. August 2022, auf dem der Kläger hinter einer Bohrmaschine sitzt
- Textbeitrag in der öffentlichen Facebook Gruppe "D._____" gepostet am 9. August 2022.

Posts auf Instagram Account "C'._____.":

- Foto mit Textbeitrag "#hidden#behind"drillingmachine" gepostet am 14. August 2022, auf dem der Kläger hinter einer Bohrmaschine sitzt
- Foto mit Textbeitrag "#erinnerungen" gepostet am 14. August 2022, auf dem der Kläger auf dem Oberkörper des Beklagten liegt

- Foto mit Textbeitrag "#climbing#gym#..._climbing#F._____#zürich#klettern. Auf dem #weg nach #oben" gepostet am 8. August, auf denen der Kläger in einer Kletterwand zu sehen ist
 - Foto mit Textbeitrag "After many #months and a hard #fight in #court, we can #fun again in the #climbing #gym. Because of some #lousy "tricks from his #mother, we were no longer #allowed to see each other. #E._____ #F._____ #zurich" gepostet am 6. August 2022.
 - Video mit Textbeitrag " #treppen#steigen passend zum #sound. After many #months and a hard #fight in #court, we can have #fun again in the #climbing #gym. Because of some #lousy #tricks from his #mother, we were no longer #allowed to see each other. #E._____ #F._____ #zurich" gepostet am 6. August 2022, auf dem der Kläger sich auf einer Treppe nach unten bewegt.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten des Beklagten."

Entscheid des Einzelgerichts:

(act. 8)

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 300.– wird dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Der Antrag des Gesuchstellers auf Parteientschädigung wird abgewiesen.
4. [Mitteilungen]
5. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

(act. 9 S. 2 f.)

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 17. August 2022, Geschäfts-Nr. ET220018-L, aufzuheben.
2. Es seien die vor Vorinstanz beantragten vorsorglichen Massnahmen wie folgt anzuordnen:
Es sei der Beklagte vorsorglich unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall (Art. 292 StGB) richterlich anzuweisen, nachfolgend aufgelistete Beiträge (Posts) mit Bildern, Videos, Texten aus sei-

nen Accounts bei Facebook «C._____» und Instagram «C'._____» sowie den Post in der öffentlichen Facebookgruppe «D._____» zu entfernen und es sei ihm vorsorglich unter Strafan- drohung im Widerhandlungsfall (Art 292) zu verbieten, weitere Posts mit Bildern, Videos auf denen der Kläger erkennbar ist und/oder Texte über den Kläger zu veröffentlichen.

Posts auf Facebook Account "C._____" und Facebookgruppe "D._____.»:

- Video ohne Textbeitrag gepostet am 6. August 2022 auf dem der Kläger sich auf einer Treppe nach unten bewegt.
- Video ohne Textbeitrag gepostet am 6. August 2022 auf dem der Kläger mit Ringen schwingt
- Video mit Textbeitrag « #treppen#steigen passend zum #sound. After many #months and a hard #fight in #court, we can have #fun again in the #climbing #gym. Because of some #lousy "tricks from his #mother, we were no longer #allowed to see each other. #E._____ #F._____ #zurich» gepostet am 6. August, auf dem der Kläger sich auf einer Treppe nach unten bewegt.
- Foto mit Textbeitrag «E._____ ..., auf dem Weg nach oben.» gepostet am 6. August, auf denen der Kläger in einer Kletterwand zu sehen ist
- Foto mit Textbeitrag «#erinnerungen» gepostet am 14. August 2022, auf dem der Kläger auf dem Oberkörper des Beklagten liegt
- Foto mit Textbeitrag «#hidden#behind#drillingmachine» gepostet am 14. August 2022, auf dem der Kläger hinter einer Bohrmaschine sitzt
- Textbeitrag in der öffentlichen Facebook Gruppe «D._____» gepostet am 9. August 2022.

Posts auf Instagram Account «C'._____»:

- Foto mit Textbeitrag «#hidden#behind"drillingmachine» gepostet am 14. August 2022, auf dem der Kläger hinter einer Bohrmaschine sitzt
- Foto mit Textbeitrag «#erinnerungen» gepostet am 14. August 2022, auf dem der Kläger auf dem Oberkörper des Beklagten liegt
- Foto mit Textbeitrag «#climbing#gym#..._climbing#F._____ #zurich#klettern. Auf dem #weg nach #oben» gepostet am 8. August, auf denen der Kläger in einer Kletterwand zu sehen ist
- Foto mit Textbeitrag «After many #months and a hard #fight in #court, we can #fun again in the #climbing #gym. Because

of some #lousy "tricks from his #mother, we were no longer #allowed to see each other. #E._____ #F._____ #zurich»
gepostet am 6. August 2022.

- Video mit Textbeitrag « #treppen#steigen passend zum #sound. After many #months and a hard #fight in #court, we can have #fun again in the #climbing #gym. Because of some #lousy #tricks from his #mother, we were no longer #allowed to see each other. #E._____ #F._____ #zurich»
gepostet am 6. August 2022, auf dem der Kläger sich auf einer Treppe nach unten bewegt.
3. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 16. August 2022 stellte der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) ein Gesuch um Erlass (superprovisorischer) vorsorglicher Massnahmen (act. 1). Mit Urteil vom 17. August 2022 wies die Vorinstanz das Gesuch direkt ab (act. 5 = act. 8 [Aktensexemplar] = act. 10).
2. Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 29. August 2022 Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 8). Mit Verfügung vom 1. September 2022 wurde der Berufungskläger zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert, welcher fristgerecht geleistet wurde (act. 13, act. 15). In derselben Verfügung wurde sodann dem in G._____(Deutschland) wohnhaften Berufungsbeklagten Frist zur Bezeichnung eines Zustelldomizils in der Schweiz angesetzt, wobei im Falle der Säumnis die Publikation künftiger Zustellungen im kantonalen Amtsblatt angedroht wurde (act. 13). Der Berufungsbeklagte teilte in-nerst Frist mit, dass seine Anwältin das Domizil nicht übernehmen möchte und er trotz verzweifelter Suche sonst niemanden finden könne. Weiter ersuchte er um Zustellung per E-Mail (IncaMail) (act. 16). Mangels behaupteter bzw. belegter Registrierung des Berufungsbeklagten auf einer anerkannten Zustellplattform, wel-

che die elektronische Zustellung ermöglicht hätte, wurde mit Verfügung vom 31. Oktober 2022 festgehalten, dass Zustellungen an den Berufungsbeklagten mittels Publikation im kantonalen Amtsblatt erfolgen. Überdies wurde dem Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt, wobei bei Unterbleiben der Beantwortung die Weiterführung des Verfahrens ohne die Berufungsantwort angedroht wurde (act. 17). Die Zustellung besagter Verfügung an den Berufungsbeklagten erfolgte mittels Publikation im kantonalen Amtsblatt (act. 18/2). Innert Frist hat sich der Berufungsbeklagte nicht vernehmen lassen. Androhungs-gemäss ist das Verfahren ohne die Berufungsantwort weiterzuführen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–6). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Erstinstanzliche Endentscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten wird ein Streitwert von mindestens Fr. 10'000.– vorausgesetzt (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Vorliegend geht es um vorsorgliche Massnahmen betreffend Persönlichkeitsverletzung. Mithin handelt es sich nicht um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, womit die Berufung ohne Streitwerterfordernis zulässig ist.
2. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufung vom 29. August 2022 wurde innert Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht (vgl. act. 9; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 6a). Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher – mit Ausnahme der nachstehend darzulegenden Einschränkung (vgl. E. II./3) – auf die Berufung einzutreten.
3. Auf das eingangs wiedergegebene (Teil-)Begehren des Berufungsklägers, wonach die vorsorgliche Anweisung unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall (Art. 292 StGB) zu erfolgen habe, ist mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten, da der Berufungsbeklagte in Deutschland wohnhaft ist und entsprechend

im Unterlassungsfall keine Strafe nach Schweizerischem Recht ausgesprochen werden kann.

4. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (BLICKENSTORFER, DIKE Komm. ZPO, 2.A. 2016, Art. 310 N 10).

III.

1. Das Gericht trifft nach Art. 261 Abs. 1 ZPO die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a; Verfügungsanspruch) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (lit. b; Verfügungsgrund). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt weiter Dringlichkeit voraus und unterliegt dem Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. BSK ZPO, SPRECHER, 3.A. 2017, Art. 261 N 10).

2. Die Vorinstanz prüfte einzig das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils und erwog, aus den Vorbringen des Berufungsklägers gehe nirgends hervor, inwieweit durch die Zugänglichkeit der Fotos, Videos und Texte ein bestimmter Nachteil nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich drohe. Inwiefern der Berufungskläger durch pädophile Personen konkret gefährdet worden wäre, lasse sich weder dem Gesuch noch den Akten entnehmen. Auf welche andere Weise die Fotos, Videos und Texte missbraucht werden könnten und worin der daraus resultierende Nachteil bestehe, führe der Berufungskläger ebenfalls nicht aus. Somit fehle es an einem substantiiert behaupteten Nachteil, weshalb das Gesuch abzuweisen sei (act. 8 E. 2.3 S. 4). Die Vorinstanz fügte an, dieses Ergebnis bedeute nicht, dass der Berufungsbeklagte mit seinem Verhalten die Persönlichkeitsrechte des Berufungsklägers nicht verletzt haben könnte bzw. verletzen würde. Da das Gesuch jedoch bereits daran scheitere, dass der Beru-

fungskläger das Vorliegen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht glaubhaft gemacht habe, bräuchten die übrigen Voraussetzungen nach Art. 261 ZPO nicht geprüft zu werden (act. 8 E. 3 S. 4).

3. Der Berufungskläger bringt dagegen im Wesentlichen vor, er habe neben der Persönlichkeitsverletzung auch den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO ausreichend glaubhaft gemacht. Die mit dem unberechtigten Veröffentlichen von Bildern und Videos entstehenden Nachteile (namentlich das Herunterladen und Weiterverbreiten durch pädophile Personen) seien notorisch und müsste entsprechend nicht bewiesen werden, was auch aus dem Informationsmaterial von Kinderschutz Schweiz deutlich ersichtlich werde. Überdies sei aufgrund der seit der Gesuchstellung, also seit dem 16. August 2022, zahlreichen veröffentlichten Bilder des Berufungsklägers auf dem Instagram- und Facebook-Account des Berufungsbeklagten ernsthaft damit zu rechnen, dass der Berufungsbeklagte auch künftig Posts tätigen werde (act. 9 Rz. 7 ff. S. 4 ff.).

4. Die gesuchstellende Partei hat glaubhaft zu machen, dass ihr durch das rechtswidrige Verhalten der gesuchsgegnerischen Partei ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, der nur durch eine vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann. Gemeint ist immer ein Nachteil, der in Zukunft droht und nicht schon in der Vergangenheit eingetreten ist. Als Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO ist jede tatsächliche oder rechtliche Beeinträchtigung der gesuchstellenden Partei zu verstehen. In Betracht kommen dabei materielle oder immaterielle Nachteile, wobei bei absoluten Rechten (namentlich Persönlichkeitsrechte) keine hohen Anforderungen zu stellen sind, zumal hier die durch die Verletzung bewirkten Nachteile kaum mehr zu beheben sind (vgl. HUBER, ZK ZPO, 3.A. 2016, Art. 261 N 20; SPRECHER, BSK ZPO, a.a.O., Art. 261 N 28b und N 34; ZÜRCHER, DIKE Komm. ZPO, a.a.O., Art. 261 N 31).

Wie vorstehend erwähnt, hat die Vorinstanz nicht geprüft, ob ein Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht wurde (vgl. E. III./2). Sie liess vielmehr explizit offen, ob die Persönlichkeitsrechte des Berufungsklägers durch das Aufschalten der Bilder auf dem Facebook- und Instagram-Account verletzt sein könnte bzw.

eine Verletzung zu befürchten sei (vgl. act. 8 E. 3). Auch prüfte sie nicht, ob eine drohende Verletzung dieses Anspruchs glaubhaft gemacht wurde. Diesbezüglich liegt somit kein erstinstanzliches Urteil vor, und es ist angesichts der Wahrung des doppelten Instanzenzugs nicht Aufgabe des Berufungsgerichts, diese Anspruchsvoraussetzungen erstmals zu prüfen. Zu überprüfen ist hier indes, ob die Vorinstanz zu Recht die Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils verneinte. Da diese Voraussetzung grundsätzlich nur geprüft wird, wenn es dem Berufungskläger gelingt, einen Verfügungsanspruch und dessen drohende Verletzung glaubhaft zu machen, ist auf seine diesbezüglichen Behauptungen abzustellen (deren Überprüfung indes – wie erwähnt – der Vorinstanz obliegt). Anders gesagt ist für die Überprüfung der Nachteilsprognose vorausgesetzt, dass eine Verletzung des Verfügungsanspruchs rechtskonform behauptet wurde. Dies ist im vorliegenden Fall unzweifelhaft gegeben (vgl. act. 1 Rz 17 f.).

5. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz droht vorliegend durch die Veröffentlichungen der Bilder/Videos des Berufungsklägers auf den öffentlich zugänglichen Facebook- und Instagram-Accounts des Berufungsbeklagten nicht nur ein theoretischer Nachteil. Wie der Berufungskläger zu Recht vorbringt, kann derzeit jeder beliebige Dritte auf die Accounts des Berufungsbeklagten zugreifen, handelt es sich dabei doch um offene Accounts, zu welchen – im Gegensatz zu den geschlossenen Accounts – nicht nur Personen Zugriff haben, welche vorgängig beim Inhaber des Accounts eine (von diesem angenommene) Kontaktanfrage gemacht haben. Es ist demnach aufgrund des Umstands, dass zurzeit Dritte unkontrolliert Zugriff auf die genannten Bilder/Videos haben und diese weiterverbreiten können, glaubhaft, dass dem Berufungskläger – auch weiterhin – ein tatsächlicher und damit ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO droht.

6. Demzufolge ist die Berufung gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben. Da die Vorinstanz die übrigen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen wie erwähnt nicht geprüft und insbesondere die Rechtsfrage offen gelassen hat, ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliege (vgl. E. III./2), liegt ein Rückweisungsgrund nach Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO vor. Die Sache ist

daher zur Wahrung des doppelten Instanzenzugs an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV.

Ist der Prozess zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist der angefochtene Entscheid auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Vorinstanz wird neu darüber zu befinden haben.

Festzusetzen ist indes die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren. In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten beträgt die Gebühr in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– (§ 5 Abs. 1 GebV OG). Unter Berücksichtigung von Streitinteresse, Zeitaufwand, Schwierigkeit des Falles und einer Reduktion wegen der summarischen Verfahrensart ist die Gebühr in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind mit dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid über die Verteilung der Gerichtskosten und damit über eine allfällige Ersatzpflicht nach Art. 111 Abs. 2 ZPO sowie die Festsetzung einer allfälligen Parteientschädigung für das vorliegende Berufungsverfahren ist dem Endentscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Einzelrichters Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. August 2022 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und mit dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Im Übrigen wird die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten. Eine allfällige (volle) Parteientschädigung für den Berufungs-

kläger für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'500.-- zuzüglich Mehrwertsteuer festgesetzt.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger gegen Empfangsschein, an den Berufungsbeklagten mittels Publikation im kantonalen Amtsblatt, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich, gegen Empfangsschein.
5. 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. S. Scheiwiller

versandt am: