

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB130058-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Beschluss und Urteil vom 11. Februar 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Oktober 2013 (CG090036-K)

Rechtsbegehren (Urk. 2 S. 1 f.):

- "1. Dem mittellosen Kläger ohne Einkommen, sei die unentgeltliche Rechtspflege und Verteidigung zu gewähren.
2. Beklagte Partei sei gerichtlich zu verpflichten, dem Kläger Fr. 500'000.– zu bezahlen, für den erlittenen Schaden und Genugtuung plus 10 % seit dem Datum dieser Klage.
3. Beklagte Partei sei zu verpflichten, dem Kläger sämtliche Akten über meine Person auszuhändigen.
4. Beklagte Partei sei zu verpflichten, dem Kläger eine Partei-Erschädigung von Fr. 3'000.– auszurichten.
5. Alles unter Kosten- und Erschädigungsfolgen zu Lasten der beklagten Partei.
6. Es seien beiliegende Unterlagen (zusammen mit der Weisung des Friedensrichteramtes Winterthur vollständig) beizuziehen.
7. Es sei die Zeugin C._____, Psychologin Zürich, gerichtlich vorzuladen wie auch D._____, PPD, ... [Adresse].
8. Es sei von Amtes wegen die gerichtliche Rüge gegen beklagte Partei vom Geschworenengericht Zürich (in der Strafsache E._____, zZt. Strafanstalt Pöschwies) beizuziehen."

Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Oktober 2013
(Urk. 170):

Beschluss:

1. Der Prozess wird im Umfang von Fr. 495'000.– als durch Rückzug der Klage erledigt abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Klägers um Wiedererwägung des Beweisauftragsbeschlusses wird abgewiesen.
3. Das Gesuch des Klägers um Wiederholung der Befragung der Zeugin F._____ wird abgewiesen.
4. Das Protokollberichtigungsbegehren des Klägers wird abgewiesen.
5. (Mitteilungssatz.)
6. (Rechtsmittelbelehrung.)

Urteil:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'100.– festgesetzt. Die Kosten des Beweisverfahrens (Zeugenentschädigung) betragen Fr. 300.–.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt, infolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Staatskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zuz. 8% MWSt zu bezahlen.
5. (Mitteilungssatz.)
6. (Rechtsmittelbelehrung.)

Berufungsanträge (Urk. 169 S. 2 f.):

- "1. Das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Berufungsbeklagte die Persönlichkeit des Berufungsklägers verletzt hat, und der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger eine Genugtuung von Fr. 5'000.– zuzüglich 5% Zins seit dem 8.10.2007 zu bezahlen.
2. a) Der im vorinstanzlichen Beweisverfahren gestellte Antrag des Berufungsklägers den Beweisaufgabebeschluss vom 8.3.2012 zu ergänzen bzw. in Wiedererwägung zu ziehen, sei gutzuheissen.
- b) Der im vorinstanzlichen Verfahren gestellte Antrag, die Befragung der Zeugin C. _____ sei zu wiederholen, sei gutzuheissen.
- c) Das im vorinstanzlichen Verfahren gestellte Protokollberichtigungsbegehren sei gutzuheissen,
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer für beide Instanzen) zulasten des Beklagten."

Verfahrensanträge:

- "1. Eventuell sei dem Berufungskläger in der Person des unterzeichnenden Anwalts ein Rechtsvertreter im Sinne von Art. 69 ZPO zu bestellen.

2. Subeventuell sei ihm in der Person des unterzeichnenden Anwalts ein unentgeltlicher Rechtsvertreter im Sinne von Art. 117 ZPO zu bestellen.
3. Sollte das Obergericht der Auffassung sein, die Weiterführung bzw. (eventuell) die Bestellung des Unterzeichnenden zum Rechtsvertreter des Berufungsklägers gemäss Art. 69 ZPO, oder (subeventuell) zum unentgeltlichen Rechtsvertreter gemäss Art. 117 ZPO müsse näher belegt werden, wird höflich darum ersucht, dem unterzeichnenden Anwalt dafür Frist anzusetzen, und/oder es sei dazu nötigenfalls vom Obergericht ein Bericht des Gesundheitsdienstes der Strafanstalt Thorberg einzuholen."

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick

Der Beklagte hat den Kläger als amtlicher Verteidiger im Rahmen einer Verwahrungsüberprüfung im Kanton Basel-Stadt ab dem 19. Juni 2007 während ca. eines halben Jahres vertreten. Der Kläger macht geltend, dass in dieser Zeit seitens des Beklagten anlässlich der insgesamt sechs bis sieben Besuche in der Strafanstalt "Pöschwies" eine ganze Reihe von Verhaltensweisen zu verzeichnen gewesen sei, die in ihrer Gesamtheit als Folge einer groben und andauernden Verletzung des anwaltlichen Vertrauensverhältnisses eine Persönlichkeitsverletzung bewirkt hätten (Urk. 18 S. 2, S. 4 f. und S. 9 f.). Die vom Kläger im einzelnen erhobenen Vorwürfe werden weiter hinten aufgeführt (vgl. Erw. 4.1.1. und 4.1.2.).

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit schriftlicher Eingabe vom 16. August 2009 und unter Beilage der Weisung des Friedensrichteramtes Winterthur machte der Kläger das Verfahren mit obgenannten Rechtsbegehren bei der Vorinstanz rechtshängig (Urk. 1 und 2). Mit Präsidialverfügung vom 16. November 2009 wurde dem Kläger Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als Vertreter im Sinne von § 29 Abs. 2 ZPO/ZH bestellt (Urk. 10). Das Hauptverfahren wurde schriftlich durchgeführt (Urk. 18, 65 und 82), wobei es aufgrund eines versäumten Gesuchs des Beklagten um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis (Urk. 39) zu einer zeitlichen Verzögerung kam. Mit Beschluss vom

10. Februar 2012 wurde entschieden, dass der Beklagte mit seiner Duplik ausgeschlossen sei (Urk. 88).

2.2. Am 8. März 2012 erging der Beweisaufgabebeschluss (Urk. 93), am 31. Mai 2012 der Beweisabnahmebeschluss (Urk. 105), wobei darin ein erstes Gesuch um Wiedererwägung des Beweisaufgabebeschlusses vom 8. März 2012 (vgl. Urk. 100 S. 5) abgewiesen wurde (Urk. 105 Ziff. III.). Mit Eingabe vom 6. Juni 2012 (Urk. 108) stellte der Kläger ein weiteres Wiedererwägungsgesuch betreffend den Beweisaufgabebeschluss. Dieses Gesuch wurde mit Beschluss vom 13. Juli 2012 abgewiesen (Urk. 111). Mit Beschluss vom 5. Juli 2012 lehnte die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich ein Gesuch um Aktenbeizug ab (Urk. 114), welcher Entscheid vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 19. Dezember 2012 bestätigt wurde (Urk. 132). Am 16. Mai 2013 wurde die Beweisverhandlung mit der persönlichen Befragung der Parteien und der Einvernahme von zwei Zeugen durchgeführt (Prot. I S. 37 ff.). Mit Eingabe vom 12. Juli 2013 verzichtete der Beklagte auf eine Stellungnahme zum Beweisergebnis (Urk. 153). Der Kläger liess seine Stellungnahme zum Beweisergebnis am 26. August 2013 einreichen (Urk. 156). Am 10. Oktober 2013 fällte die Vorinstanz die oben wiedergegebenen Entscheide (Urk. 161 = Urk. 170).

2.3. In Übereinstimmung mit der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz (Dispositiv Ziffer 6 des angefochtenen Urteils) erhob der Kläger mit Eingabe vom 15. November 2013 Berufung und stellte die obgenannten Anträge (Urk. 169). Korrekterweise hätte als Rechtsmittel die Beschwerde belehrt werden müssen, nachdem der Streitwert des zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehrens infolge des Klagerückzugs im Umfang von Fr. 495'000.– lediglich Fr. 5'000.– beträgt (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Kläger stellt im Rechtsmittelverfahren zwar ein Begehren um Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung (vgl. Urk. 169 S. 2). Dabei handelt es sich allerdings um einen neuen und damit unzulässigen Antrag (Art. 326 Abs. 1 ZPO), auf welchen deshalb nicht weiter einzugehen ist. Die Eingabe des Klägers ist nach dem Gesagten als Beschwerde entgegenzunehmen.

2.4. Da sich die Beschwerde sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

3. Prozessuales

3.1. Auf das Beschwerdeverfahren ist die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die inhaltliche Überprüfung des angefochtenen Entscheids erfolgt hingegen nach der vorinstanzlich angewendeten kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH).

3.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip, d.h. die beschwerdeführende Partei hat klar und substantiiert darzulegen, welchen Mangel (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid aufweist. Dabei hat der Beschwerdeführer sich insbesondere konkret mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen. Er muss erläutern, welche Erwägung aus welchen Gründen nicht zutreffend ist. Der gerügten Erwägung sind die aus Sicht des Beschwerdeführers zutreffenden Überlegungen gegenüber zu stellen und es ist darzutun, zu welchem, von jenem der Vorinstanz abweichenden Ergebnis diese führen. Der Beschwerdeführer kann seiner Rüge- und Begründungspflicht nicht durch einen globalen Verweis auf bisherige Eingaben oder die Akten nachkommen (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hassenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, 2. Aufl., Art. 321 N 15).

3.3. Gesuche um Wiedererwägung des Beweisaufgabebeschlusses vom 8. Mai 2012

3.3.1. Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe seine Gesuche um Wiedererwägung des Beweisaufgabebeschlusses vom 8. März 2012 zu Unrecht abgewiesen (Urk. 169 S. 5 ff.). Der Kläger beantragte mit seinen Wiedererwägungsgesuchen, insgesamt vier weitere Behauptungen zum Beweis zu verstellen, nämlich die Behauptung, dass der Beklagte sein Versprechen, im Verwahrungsüberprüfungsverfahren am Appellationsgericht Basel-Stadt gegen das

Gutachten vom 31. Oktober 2007 vorzugehen, nicht eingehalten habe (1), die Behauptung, dass mehrfach Beanstandungen seitens der Leitung des Besuchswesens der Justizvollzugsanstalt an die Adresse des Beklagten gerichtet worden seien (2), die Behauptung, dass er im Rahmen der Vertretung durch den Beklagten vergeblich nach Basel gefahren worden sei, weil dieser ihn nicht über seine Unpässlichkeit informiert habe (3), sowie die Behauptung, dass der Beklagte vom Gerichtspräsidenten im Rahmen des Verwahrungsüberprüfungsverfahrens mehrfach wegen seines Verhaltens "gerüffelt" worden sei (4; Urk. 100 S. 5 und Urk. 108 S. 2).

3.3.2. Die Vorinstanz begründete die Abweisung der Wiedererwägungsgesuche damit, dass Behauptungen, welche ausserhalb der einer Partei grundsätzlich zustehenden zwei Parteivorträge aufgestellt würden, nicht Prozessgegenstand seien (Urk. 170 S. 3 f.).

3.3.3. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass er die fraglichen Behauptungen bereits in der Klageschrift vom 16. September 2009 (Urk. 2) bzw. in der persönlichen Befragung vom 13. Oktober 2009 vorgebracht habe (Urk. 169 S. 3 ff.).

3.3.4. Es ist zutreffend, dass der Kläger die fraglichen Sachverhaltsvorbringen – mit etwas abweichender Formulierung – bereits in seiner Klageschrift und im Rahmen der persönlichen Befragung vorbrachte (vgl. Urk. 2, Ziff. 4 und 5 und Prot. I S. 7 f.). Persönliche Eingaben, welche die Partei vor Anordnung der Vertretung macht, sind denn auch nicht von vornherein unbeachtlich (BGer. 2C_550/2007 E. 5.2; BGE 102 Ia 23; BGE 95 II 280). Insofern ist die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Behauptungen aufgrund des Umstandes, dass sie ausserhalb der beiden Parteivorträge erfolgt seien, unbeachtlich seien, nicht stichhaltig. Das Gesagte ändert jedoch nichts daran, dass die Vorinstanz die Wiedererwägungsgesuche zu Recht abgewiesen hat. Gemäss § 133 ZPO/ZH wird (unter anderem) Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen. Das damit angesprochene Recht auf Beweis gibt der beweisbelasteten Partei einen Anspruch auf Abnahme form- und fristgerecht anbotener Beweise zu rechtlich erheblichen strittigen Behauptungen. Ob das Vorbringen über einen Anspruch

rechtserheblich ist, ist aufgrund einer gründlichen Auseinandersetzung des Richters mit dem Prozessstoff in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu beurteilen. Ist eine Behauptung unerheblich, muss die Beweiserhebung unterbleiben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 3 zu § 133, m.w.H.).

3.3.5. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist (Art. 49 OR). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (vgl. Urk. 170 S. 12 f.), muss der Eingriff aussergewöhnlich schwer sein und in seinen Auswirkungen das Mass einer Aufregung oder alltäglichen Sorge klar übersteigen. Nicht ausreichend ist, wenn jemand schockiert ist oder Unannehmlichkeiten empfindet. Erforderlich sind vielmehr physische oder psychische Leiden, verursacht durch eine Verletzung der Persönlichkeit, die das Wohlbefinden beeinträchtigt (BSK OR I-Heierli/Schnyder, Art. 49 N 11). Selbst wenn die von der Vorinstanz nicht zum Beweis verstellten klägerischen Behauptungen zutreffend sein sollten, ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Sachverhalte den Schutzbereich der Persönlichkeit des Klägers tangieren, geschweige denn verletzen könnten. Es handelt sich damit nicht um rechtserhebliche Tatsachen, welche zum Beweis hätten verstellt werden müssen. Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Wiedererwägungsgesuche deshalb zu Recht abgewiesen, weshalb sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet erweist.

3.4. Gesuch um Wiederholung der Zeugenbefragung von F. _____

3.4.1. Die Zeugin F. _____, ein Vergewaltigungsopfer des Klägers, wurde auf deren Gesuch hin gestützt auf § 145 ZPO/ZH unter Ausschluss der Parteien sowie des klägerischen Rechtsvertreters befragt (Prot. S. 59 ff.). Bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 26. August 2013 beantragte der Kläger, die Befragung der Zeugin F. _____ zu wiederholen. Damals beanstandete er, dass die Aussagen der Zeugin nicht auf Tonband aufgenommen worden seien (Urk. 156 S. 8 f.).

3.4.2. Im Beschwerdeverfahren beanstandet der Kläger, dass nicht nur die Parteien, sondern auch sein Rechtsvertreter von der Befragung ausgeschlossen worden sei, obwohl die Zeugin einzig den Ausschluss der Parteien beantragt habe. Weiter hält der Kläger an seiner bereits vor Vorinstanz erhobenen Kritik fest, dass diese die Ergänzungsfragen 2 bis 4 nicht zugelassen habe (vgl. Prot. I S. 65). Dadurch sei sein Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 EMRK verletzt worden (Urk. 169 S. 7 f.).

3.4.3. Die Vorinstanz hat dem Gesuch um Wiederholung der Zeugenbefragung von F. _____ nicht entsprochen (Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses). Die im vorinstanzlichen Verfahren zuständige Referentin erklärte den Parteien im Detail den Ablauf der fraglichen Zeugenbefragung, insbesondere dass die Zeugin F. _____ unter Ausschluss der Parteien befragt werde (vgl. Prot. I S. 59 f.). Die Parteien und der Rechtsvertreter des Klägers erklärten sich mit diesem Vorgehen einverstanden (Prot. I S. 60). Dabei musste dem Kläger auch bewusst werden, dass sein Rechtsvertreter bei der im Büro der Referentin durchgeführten Zeugenbefragung (Prot. I S. 61 und S. 64) nicht anwesend sein konnte. Indem der Kläger im Beschwerdeverfahren die Modalitäten der Zeugenbefragung kritisiert, nachdem er sich vor Vorinstanz damit einverstanden erklärt hatte, verhält er sich widersprüchlich. Wenn er mit dem Vorgehen der Vorinstanz nicht einverstanden gewesen wäre, hätte er dies bereits vor Vorinstanz beanstanden müssen. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind formelle Fragen ihrer Natur nach frühestmöglich zu bereinigen, bevor das Verfahren seinen Fortgang nimmt. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs ist ein Verfahrensfehler so früh als möglich geltend zu machen, d.h. sobald eine Partei davon Kenntnis erlangt. Das Recht, sich auf einen Verfahrensmangel zu berufen, ist verwirkt, wenn mit der Rüge zugewartet wird, obwohl der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können (BGE 135 III 334 E. 2.2 S. 336, 134 I 20 E. 4.3.1 S. 21, 132 II 485 E. 4.3 S. 496, 130 III 66 E. 4.3 S. 75)

Die Ergänzungsfragen 2 und 4 hat die Vorinstanz richtigerweise nicht zugelassen. Sie erwog in diesem Zusammenhang zutreffend, dass diese Fragen nicht

Thema des Beweissatzes 9 gewesen und im Prozess auch nie behauptet worden seien (Prot. I S. 65). Entgegen dem Kläger hat die Vorinstanz der Zeugin die Ergänzungsfrage 3 gestellt, wobei sie einzig den Wortlaut "zu Ihrem Befinden" weggelassen hat, und zwar ebenfalls zu Recht, nachdem dieser Aspekt der Ergänzungsfrage ebenfalls nicht Gegenstand des Beweissatzes 9 war.

3.4.4. Die Einvernahme der Zeugin F._____ ist nicht zu wiederholen. Die Beschwerde erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet.

3.5. Protokollberichtigungsbegehren

3.5.1. Weiter beanstandet der Kläger die Abweisung des in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 26. August 2013 gestellten Protokollberichtigungsbegehrens. Er beantragte, das Protokoll sei insofern zu berichtigen, als dort vor der zweiten Befragung der Zeugin F._____ nicht vermerkt worden sei, dass der Beklagte gesagt habe: "Sie wird sich erinnern." (Urk. 156 S. 8).

3.5.2. Die Vorinstanz hat das Protokollberichtigungsbegehren zu Recht abgewiesen. Sie hat zutreffend ausgeführt, dass den Parteien lediglich das Wort erteilt worden sei, um Ergänzungsfragen zu stellen, nicht hingegen, um allfällige weitere Äusserungen zu machen (Urk. 170 S. 5). Die vom Kläger behauptete Äusserung des Beklagten musste deshalb nicht protokolliert werden. Folglich erweist sich die Beschwerde auch in diesem Punkt als unbegründet.

4. Materielles

4.1. Der Kläger ist nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB dafür beweispflichtig, dass der Beklagte während seiner Tätigkeit als Verteidiger des Klägers dessen Persönlichkeit verletzt hat. Zu den vom Kläger gegenüber dem Beklagten erhobenen Vorwürfen führte die Vorinstanz ein Beweisverfahren durch.

4.1.1. Die Vorinstanz auferlegte dem Kläger den Hauptbeweis für seine Behauptung,

- dass der Beklagte als amtlicher Verteidiger des Klägers im Rahmen einer Verwahrungsüberprüfung im Kanton Basel-Stadt anlässlich von Besuchen in der

Strafanstalt "Pöschwies" in der Zeit von Mitte 2007 bis Mitte 2008 dem Kläger mehrfach von persönlichen Problemen (Krebs, langen Spitalaufenthalten) erzählte (a), das angebliche Interesse seiner Partnerin dem Kläger immer wieder aufdrängte (b), sich über die homosexuelle Ausrichtung eines Anwaltskollegen, der verheiratet sei und zwei Kinder habe, empörte (c; Urk. 93 Beweissatz 1. a-c);

- dass der Beklagte den Kläger immer wieder mit Sachbüchern ausstattete, die den Kläger nicht interessierten (Urk. 93 Beweissatz 2),
- dass der Beklagte anlässlich eines Besuchs in der Strafanstalt "Pöschwies" ein Handy in die Besucherzelle schmuggelte und es dem Kläger mit den Worten, er könne es behalten, übergab, was der Kläger jedoch nachhaltig irritiert ablehnte (Urk. 93 Beweissatz 3),
- dass der Beklagte dem Kläger anlässlich eines weiteren Besuchs in der Strafanstalt "Pöschwies" auf seinem Laptop einen Film mit sadomasochistischem Inhalt zeigte und ihn fragte, ob er auf so etwas stehe (Urk. 93 Beweissatz 4),
- dass der Beklagte gegen Ende der Besuche in der Strafanstalt "Pöschwies" dem Kläger einen Film, der von gewalttätigen Jugendlichen in einem amerikanischen Camp handelte, zeigte (Urk. 93 Beweissatz 5),
- dass der Beklagte im Rahmen der amtlichen Verteidigung des Klägers an diesem Kursinhalte der damals von ihm absolvierten Zusatzausbildung am IOT (Forensische Prognostik und Forensische Vollzugsspezialisierung) "erprobte" (Urk. 93 Beweissatz 6).

4.1.2. Dem Beklagten auferlegte die Vorinstanz den Hauptbeweis dafür,

- dass der Beklagte den Kläger über sämtliche Aspekte des in den Jahren 2007 und 2008 vor dem Appellationsgericht Basel-Stadt geführten Verwahrungsüberprüfungsverfahrens, namentlich auch hinsichtlich möglicher Anträge, umfassend orientierte (Urk. 93 Beweissatz 7), wobei dem Kläger der Gegenbeweis dafür auferlegt wurde, dass der Beklagte dem Kläger im Rahmen des Verwahrungsüberprüfungsverfahrens nicht erklärte, dass sein

Antrag auf bedingte Entlassung aus der Massnahme im Massnahmeüberprüfungsverfahren nicht gestellt werden könne,

- dass der Beklagte mit dem Kläger eine gemeinsame Auswertung und Auseinandersetzung mit dem psychiatrischen Gutachten von Dr. G. _____ vom 31. Oktober 2007 vornahm (Urk. 93 Beweissatz 8), wobei dem Kläger der Gegenbeweis dafür auferlegt wurde, dass der Beklagte das Gutachten vom 31. Oktober 2007 nicht einmal mit ihm besprach, obwohl er ein neues Gutachten erwirken wollte und dem Beklagten dies auch mitteilte,
- dass der Beklagte sich im Einverständnis mit dem Kläger und nachdem dieser ihm den richtigen Namen und die aktuelle Anschrift mitgeteilt hatte, entschloss, die frühere Geschädigte bzw. Zeugin F. _____ zu kontaktieren (Urk. 93 Beweissatz 9).

4.2. Als Beweismittel für die Beweissätze 1 bis 6 wurden die persönliche Befragung des Klägers (Prot. I S. 37 ff.) sowie die Akten der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte in dem vom Kläger gegen den Beklagten eingeleiteten Disziplinarverfahren abgenommen (Urk. 105). Wie erwähnt lehnte die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte und hernach das Verwaltungsgericht des Kanton Zürich ein entsprechendes Gesuch um Aktenbeizug der Vorinstanz ab (vgl. Urk. 114 und 132), weshalb als einziges Beweismittel hinsichtlich der Beweissätze 1 bis 6 die persönliche Befragung des Klägers verblieb.

Betreffend die Beweissätze 7 bis 9 wurden als Beweismittel 14 Urkunden (Urk. 66/1-4, 66/10, 66/12+13, 66/19, 103/1-5 und Urk. 121) sowie die persönliche Befragung des Beklagten und als Gegenbeweismittel die persönliche Befragung des Klägers, die vorerwähnten Akten der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich (Urk. 105), eine weitere Urkunde (Urk. 52/1) und die Aussagen von zwei Zeugen (Prot. I S. 61 ff. und S. 66 ff.) abgenommen.

4.3. Die Vorinstanz gelangte nach der Würdigung der vom Kläger in der persönlichen Befragung gemachten Aussagen zum Ergebnis, dass dieser die ihm mit den Beweissätzen 1 bis 6 auferlegten Hauptbeweise nicht erbringen konnte.

4.3.1. Der Kläger beanstandet, dass die Vorinstanz ihn hinsichtlich der ihm mit den Beweissätzen 1 bis 6 auferlegten Hauptbeweise nicht zur Beweisaussage zugelassen habe (Urk. 169 S. 9 ff.). Er bringt in diesem Zusammenhang vor, dass die persönlichkeitsrelevanten Äusserungen unter vier Augen stattgefunden hätten, weshalb er ausser der persönlichen Befragung und der Beweisaussage keine weiteren Beweismittel anbieten könne. Da gemäss § 149 Abs. 3 ZPO/ZH Aussagen, welche zu Gunsten der befragten Partei lauten, keinen Beweis bilden würden, liege ein klassischer Fall eines Beweisnotstandes vor, bei welchem die Beweisaussage zulässig sei. Indem er nicht zur Beweisaussage zugelassen worden sei, habe die Vorinstanz seinen Anspruch auf ein faires Verfahren verletzt. Weiter macht der Kläger geltend, dass die Beweisaussage gemäss der im Beschwerdeverfahren anwendbaren Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht mehr subsidiären Charakter habe, sondern den übrigen Beweismitteln gleichgestellt sei (Urk. 169 S. 10).

4.3.2. Vorab ist erneut darauf hinzuweisen, dass auf das Beschwerdeverfahren zwar die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar ist (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO), die inhaltliche Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids hingegen nach der zürcherischen Zivilprozessordnung erfolgt, weshalb die letztgenannte Rüge verfehlt ist. Wie erwähnt wird gemäss § 133 ZPO/ZH (unter anderem) Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen. Was die Beweissätze 1a - 1c, 2 und 3 angeht, ist nicht ersichtlich, inwiefern die darin festgehaltenen Behauptungen – sollten sie zutreffend sein – den Schutzbereich der Persönlichkeit des Klägers tangieren. Diese Behauptungen hätten folglich gar nicht zum Beweis verstellt werden müssen. Hinsichtlich Beweissatz 1 b ist ausserdem zu berücksichtigen, dass der Kläger an dieser Behauptung im Rahmen der persönlichen Befragung nicht mehr festgehalten hat (vgl. Prot. I S. 37 f.).

4.3.3. Hinsichtlich der in den Beweissätzen 4 bis 6 auferlegten Hauptbeweise ist die Vorinstanz korrekterweise zum Schluss gelangt, dass der Kläger die Hauptbeweise nicht erbringen konnte. Wie sogleich zu zeigen sein wird, geht der Vorwurf des Klägers, die Vorinstanz hätte ihn wegen Vorliegens eines Beweisnotstandes zu einer Beweisaussage zulassen müssen, fehl.

Gemäss zutreffender vorinstanzlicher Erwägung kann das Gericht nach § 150 Abs. 1 ZPO/ZH eine Partei zu einer Beweisaussage über bestimmte Beweissätze anhalten, wenn dies nach dem Ergebnis der persönlichen Befragung und des übrigen Beweisergebnisses geboten scheint. Das kann zutreffen, wenn mit der Beweisaussage ein noch nicht voll erbrachter Beweis zu ergänzen oder ein noch nicht voll gescheiterter Beweis zu widerlegen ist. Sie kann jedoch auch zugelassen werden, um als alleiniges Beweismittel einen Beweisnotstand abzuwenden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 150). Der Richter hat zu prüfen, ob durch die Abnahme der Beweisaussage die Chance, die Wahrheit zu ermitteln, erhöht wird (Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Zürich 2009, § 29 Rz 19 Fn 21). Auch wenn die genannten Voraussetzungen gegeben sind, haben die Parteien keinen Anspruch auf Beweisaussage, sondern der Richter entscheidet darüber nach Ermessen, und zwar gilt das auch dort, wo Beweisschwierigkeiten bestehen oder das bisherige Beweisergebnis nicht schlüssig ist. Richterliches Ermessen bestimmt nicht nur darüber, ob es überhaupt zur Beweisaussage kommt, sondern auch darüber, wem diese auferlegt bzw. gestattet wird. Dabei ist zu erwägen, ob dieses Beweismittel nötig und angebracht sei und ob die zu erwartende Bestätigung der in der persönlichen Befragung gemachten Aussagen unter der Strafandrohung von Art. 306 StGB mit Rücksicht auf das Verhalten der betreffenden Partei und das übrige Beweisverfahren genügend Überzeugungskraft haben werde (Frank/Sträuli/Messmer a.a.O., N 2 f. zu § 150 ZPO).

Die Vorinstanz ist im Ergebnis zutreffend zum Schluss gelangt, dass vorliegend von einer Beweisaussage des Klägers abzusehen ist. Aus nachfolgenden Gründen ist entgegen dem Kläger nicht von einem Beweisnotstand auszugehen. Der Kläger gab auf die Ergänzungsfrage des Beklagten, ob er, der Kläger, jemandem vom behaupteten Vorführen der Filme erzählt habe, zu Protokoll, er habe seinem Psychologen, Herrn D._____, davon erzählt (Prot. I S. 44). Daraus folgt, dass die Beweisaussage neben der persönlichen Befragung nicht das einzige Beweismittel darstellte, sondern der Kläger als Beweismittel zu den Beweissätzen 4 und 5 die Zeugenbefragung von D._____ hätte offerieren können. Dieser hätte immerhin dazu befragt werden können, ob der Kläger ihm zeitnah über "das Vorführen dieser beiden Filme" (Prot. I S. 44) erzählte, weshalb nicht von einem ab-

soluten Beweisnotstand ausgegangen werden konnte. Selbst bei Vorliegen eines Beweisnotstandes läge es jedoch wie ausgeführt im Ermessen des Gerichts, ob es zur Beweisaussage kommt, wobei in das Ermessen der Vorinstanz nicht ohne Not eingegriffen würde. Die Vorinstanz wies in diesem Zusammenhang neben den fehlenden "letzten Zweifeln" auch auf Erinnerungslücken des Klägers hin, weshalb seine Aussagen nicht auf ihren Realitätsgehalt hin überprüft werden könnten (Urk. 170 S. 7 mit Verweis auf Prot. I S. 38: "Ich habe teilweise einen totalen Filmriss und kann mich nicht immer genau an alles erinnern."). Deshalb und aufgrund der unergiebigsten Beweislage konnte der Kläger auch nicht eine grössere Glaubwürdigkeit für sich bzw. eine höhere Wahrscheinlichkeit für seine Version in Anspruch nehmen als der Beklagte. Da die in den Beweissätzen 4 und 5 umschriebenen Vorwürfe vom Beklagten bestritten wurden (Urk. 65 S. 10 f.), und somit letztlich Behauptung gegen Behauptung stand (wobei die eine nicht wahrscheinlicher war als die andere), hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, dass der Kläger diese Vorbringen nicht beweisen konnte, nachdem die zu seinen Gunsten in der persönlichen Befragung gemachten Aussagen nicht beweisbildend sind. Jedenfalls liegt keine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes oder eine unrichtige Anwendung prozessualer Vorschriften vor (Art. 320 ZPO).

4.3.4. Bei der in Beweissatz 6 festgehaltenen Behauptung, wonach der Beklagte im Rahmen der amtlichen Verteidigung des Klägers an diesem Kursinhalte der damals vom Beklagten absolvierten Zusatzausbildung Forensische Prognostik und Forensische Vollzugsspezialisierung "erprobt" habe, handelt es sich um ein unsubstantiiertes Vorbringen. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte, beschrieb der Kläger – abgesehen vom behaupteten Zeigen der zwei Filme – mit keinem Wort, was die "erprobten" Kursinhalte gewesen sein sollen. Ebenso wenig führte er aus, inwiefern ein solches Verhalten konkret seine Persönlichkeit verletzt hätte. Aufgrund des Ergebnisses der persönlichen Befragung des Klägers ergibt sich, dass die in Beweissatz 6 aufgestellte Behauptung neben den Beweissätzen 4 und 5 keine eigenständige Bedeutung hat, weshalb die Vorinstanz auf diesen Vorwurf nicht weiter eingehen musste und sich Weiterungen dazu erübrigen.

4.4. Nach Vornahme der Beweiswürdigung erachtete die Vorinstanz die vom Kläger gegen den Beklagten erhobenen und in den Gegenbeweissätzen 7 und 8 umschriebenen Vorwürfe als nicht bewiesen (Urk. 170 S. 10 f.).

Der Kläger setzt sich in seiner Beschwerdeschrift mit den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die Beweiswürdigung hinsichtlich der (Gegen-)Beweissätze 7 und 8 nicht hinreichend auseinander. Er beschränkt sich vielmehr darauf, Auszüge seiner in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 26. August 2013 (Urk. 156) gemachten Ausführungen in die Beschwerdeschrift hineinzukopieren bzw. die in der Stellungnahme zum Beweisergebnis gemachten Vorbringen mit anderen Worten wiederzugeben (Urk. 169 S. 12 ff.), anstatt den gerügten Erwägungen die aus seiner Sicht zutreffenden Überlegungen gegenüberzustellen und darzutun, zu welchem Ergebnis dies führen würde. Dadurch ist der Kläger seiner Rügepflicht nicht nachgekommen. Dies stellt einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO). In diesem Umfang ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Davon abgesehen kann in den Verhaltensweisen, wie sie in den Haupt- und Gegenbeweissätzen 7 und 8 umschrieben sind, wohl ein sorgfaltswidriges aber noch kein persönlichkeitsverletzendes Verhalten gesehen werden.

4.5. Mit Bezug auf den Beweissatz 9 vertrat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die Auffassung, dass die Frage, ob die unbestrittene Kontaktaufnahme des Klägers mit der Zeugin F. _____ im Einverständnis mit dem Kläger oder aber ohne dessen Wissen erfolgt sei, unerheblich sei. Entsprechend erübrigte sich eine Beweiswürdigung. Die Vorinstanz erwog mit Bezug auf die fragliche Kontaktaufnahme, dass selbst wenn diese ohne das Wissen und damit ohne das Einverständnis des Klägers erfolgt sei, die Kontaktaufnahme kein persönlichkeitsverletzendes Verhalten des Beklagten darstelle, nachdem die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich das Vorgehen des Beklagten als pflichtgemäss qualifiziert habe (Urk. 170 S. 12).

4.5.1. Der Kläger macht geltend, dass gestützt auf den fraglichen Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte keine gültigen Schlüsse für das vorliegende Verfahren gezogen werden könnten, habe sich die Aufsichtskommission doch lediglich zu einem allfälligen berufsrechtlichen Fehlverhalten

des Beklagten, nicht hingegen zu einem persönlichkeitsverletzenden Verhalten des Beklagten zu äussern gehabt (Urk. 169 S. 16). Dieser Einwand des Klägers ist an sich zutreffend, ändert jedoch nichts daran, dass die Vorinstanz korrekterweise zum Ergebnis gelangt ist, dem Beklagten könne durch die unbestrittene Kontaktaufnahme mit der Zeugin F. _____ keine (widerrechtliche) Persönlichkeitsverletzung vorgeworfen werden, wenn ihm kein berufsrechtliches Fehlverhalten anzulasten ist.

4.5.2. Der Kläger führte anlässlich der persönlichen Befragung vom 16. Mai 2013 auf die Frage, was die Kontaktaufnahme des Beklagten mit der Zeugin F. _____ bei ihm ausgelöst habe, aus, dass er sich aufgeregt und ihn die ganze Vergangenheit gefühlsmässig wieder eingeholt habe (Prot. I S. 52).

4.5.3. Wie bereits weiter oben (Erw. 4.1.5) festgehalten wurde, bildet Voraussetzung für eine Persönlichkeitsverletzung ein physisches oder psychisches Leiden, welches das Wohlbefinden beeinträchtigt, wobei der Eingriff aussergewöhnlich schwer sein und das Mass einer Aufregung oder alltäglichen Sorge klar übersteigen muss. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Information darüber, dass der Beklagte die Zeugin F. _____ kontaktiert hat (was beim Kläger zur Aufregung geführt haben soll), überhaupt geeignet ist, den Schutzbereich der Persönlichkeit des Klägers zu berühren, geschweige denn eine Persönlichkeitsverletzung bei ihm zu bewirken. Wenn der Kläger ausführt, die ganze Vergangenheit habe ihn gefühlsmässig wieder eingeholt, so muss davon ausgegangen werden, dass dieser Umstand nicht einzig auf die Kontaktaufnahme des Beklagten mit der Zeugin F. _____, sondern auf das Verwahrungsüberprüfungsverfahren an sich zurückzuführen ist.

4.6. Zusammenfassend ist die Vorinstanz zutreffend zum Schluss gelangt, dass der Beklagte während seiner Tätigkeit als Verteidiger des Klägers dessen Persönlichkeit nicht verletzt hat. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

5. Notwendige Vertretung / unentgeltliche Rechtspflege

5.1. Dem Kläger wurde wie erwähnt mit vorinstanzlicher Präsidialverfügung vom 16. November 2009 Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als Vertreter im Sinne von § 29 Abs. 2 ZPO/ZH bestellt (Urk. 10). Der Kläger lässt geltend machen, er gehe davon aus, dass Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ gestützt auf Art. 69 ZPO weiterhin sein unentgeltlicher Rechtsvertreter sei (Urk. 169 S. 3). Eventualiter beantrage er, dass dieser ihm auch für das Beschwerdeverfahren als Vertreter gemäss Art. 69 ZPO bestellt werde (Urk. 169 S. 2 und 22). Subeventualiter stellt der Kläger den Antrag, ihm sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (Urk. 169 S. 2 und S. 22).

5.2. Da davon auszugehen ist, dass der Kläger weiterhin nicht imstande ist, den Prozess bzw. das Rechtsmittelverfahren selbst zu führen, dauert die von der Vorinstanz angeordnete notwendige Vertretung des Klägers fort.

5.3. Indem der Kläger nur im Eventualantrag ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung stellt, scheint er zu übersehen, dass die gemäss Art. 69 ZPO vertretene Partei die Gerichts- und Vertretungskosten – vorbehältlich unentgeltlicher Rechtspflege – selbst zu tragen hat (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7280). Vor diesem Hintergrund ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als selbständiges, vom Antrag um Bestellung eines notwendigen Vertreters nach Art. 69 ZPO unabhängiges Gesuch zu verstehen.

5.4. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeistandin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erwies sich das Beschwerdeverfahren von Anfang an als aussichtslos. Dem Armenrechtsgesuch des Klägers kann deshalb nicht entsprochen werden. An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass der angeordnete Vertreter aus der Gerichtskasse ent-

schädigt wird, wenn das Honorar infolge Zahlungsunfähigkeit der Partei uneinbringlich ist (BK-Sterchi, Art. 69 ZPO N 19).

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Da die Beschwerde abzuweisen ist und die Höhe der Gerichtskosten und der Parteientschädigung nicht beanstandet wird, ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen.

6.2. Der Streitwert im Beschwerdeverfahren beträgt unter Ausserachtlassung des im Beschwerdeverfahren unzulässigen Feststellungsbegehrens Fr. 5'000.– (vgl. Urk. 169 S. 2). Der Kläger unterliegt auch im Beschwerdeverfahren, weshalb ihm ausgangsgemäss die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Beschwerdeverfahren hat der Kläger zufolge seines Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO); dem Beklagten erwuchs kein erheblicher Aufwand (vgl. 95 Abs. 3 ZPO). Demgemäss sind für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 2-4) wird bestätigt.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'050.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von Urk. 169, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Zürich, 11. Februar 2014

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am: mc