Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LB110032-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Urteil vom 18. Januar 2012

in Sachen

A._____,
Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

B._____,
Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Persönlichkeitsverletzung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 17. Mai 2011 (CG100076)

Rechtsbegehren des Klägers:
(Urk. 2/2 S. 2)

"1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte mit den gegen den Kläger gerichteten Vorwürfen im Artikel des C._____ Nr. … vom tt.mm.2010 "…", S. …, wonach

- der Kläger der Beklagten und deren Familie das Leben zur Hölle mache;
- der Kläger die ganze Familie terrorisiere;
- der Kläger gedroht habe, die Beklagte umzubringen;
- der Kläger die Beklagte als Minderjährige vergewaltigt und sie psychisch misshandelt habe;
- der Kläger die Kinder mehrfach geschlagen habe;
- der Kläger gedroht habe, die Kinder zu entführen und die Beklagte die Kinder nie wiedersehen werde;
- der Kläger die Beklagte nicht zur Ruhe habe kommen lassen und sie an ihren neuen Wohnsitzen verfolgt habe;

den Kläger in seinen persönlichen Verhältnissen widerrechtlich verletzt hat.

2. Es sei der Beklagten zu verbieten, die unter Ziff. 1 genannten Vorwürfe weiterhin zu verbreiten, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall.

3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Genugtuung im Betrag von Fr. 5'000.–, inklusive Zins zu 5 % ab tt.mm.2010, zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

Ergänzung des Rechtsbegehrens:
(Urk. 10 S. 2)

"4. Es sei der Beklagten zu befehlen, den inkriminierten C._____-Artikel vom tt.mm.2010 innert zehn Tagen seit Eintritt der Rechtskraft

- aus ihrer Website www.[…].ch
- aus dem …blog (www.[…].ch, "…") und
- aus ihrem Facebook-Profil

zu entfernen, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 17. Mai 2011:
(Urk. 35)

"1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte mit den gegen den Kläger gerichteten Vorwürfen im Artikel des C._____ Nr. … vom tt.mm.2010 "…", S. …, wonach

- der Kläger der Beklagten und deren Familie das Leben zur Hölle mache,
- der Kläger die ganze Familie terrorisiere,
- der Kläger gedroht habe, die Beklagte umzubringen,
- der Kläger die Beklagte als Minderjährige vergewaltigt und sie psychisch misshandelt habe,
- der Kläger die Kinder mehrfach geschlagen habe,
- der Kläger gedroht habe, die Kinder zu entführen und dass die Beklagte die Kinder nie wiedersehen werde,
- der Kläger die Beklagte nicht habe zur Ruhe kommen lassen und sie an ihren neuen Wohnsitzen verfolgt habe,

den Kläger in seinen persönlichen Verhältnissen widerrechtlich verletzt hat.

2. Der Beklagten wird ab sofort verboten, die unter Ziff. 1 dieses Urteils genannten Vorwürfe weiterhin zu verbreiten, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

3. Die Beklagte wird ab sofort verpflichtet, den in Ziff. 1 dieses Urteils erwähnten Zeitungs-Artikel

- aus ihrer Website www.[…].ch,
- aus dem …blog (www.[…].ch, "…") und
- aus ihrem Facebook-Profil

zu entfernen, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 5'000.– (inkl. Zins zu 5 % ab tt.mm.2010) zu bezahlen.

5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.– (Pauschalgebühr). Die weiteren Kosten (Publikationskosten) betragen Fr. 69.55. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten des Verfahrens werden der Beklagten auferlegt.

7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.– (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.

8. (Schriftliche Mitteilung)

9. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 34; sinngemäss):

Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 17. Mai 2011 sei aufzuheben, und es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Erwägungen:

1. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das vorinstanzliche Urteil wurde am 9. Juni 2011 versandt und am 11. Juni 2011 von der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) entgegengenommen (Urk. 32). Somit richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung.

2. Mit fristgerechter Eingabe vom 14. Juni 2011 erhob die Beklagte gegen das obgenannte Urteil Berufung (Urk. 34). Sie brachte dabei folgendes vor: Wegen der Anschuldigungen, die sie gegen den Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) im besagten Artikel des C._____ erhoben habe, sei der Kläger in der Zwischenzeit von der Staatsanwaltschaft Zürich angeklagt und teilweise verurteilt worden. Dass das angefochtene Urteil zu ihrem Nachteil ausgefallen sei, führe sie auf zwei Umstände zurück: Erstens habe sie erhebliche psychische Probleme durch die anhaltenden Attacken vom Kläger gegen sie gehabt. Dadurch habe sie sämtliche Fristen und Möglichkeiten verpasst, um Stellung zu nehmen und sich zu verteidigen. Zweitens habe sie es verpasst, juristischen Beistand zu erbitten, um sich damit auf rechtlich gleichwertiges Niveau zu begeben. Da der Kläger einen unentgeltlichen Rechtsbeistand und sie niemanden zur Seite gehabt habe, habe der Kläger jeglichen Schleichweg und jegliche Hintertür benutzen und das Recht zu Gunsten eines inzwischen verurteilten Verbrechers biegen können. Grundsätzlich halte sie ausdrücklich fest, dass es absolut unfair sei, dass sie hier angeklagt und sogar verurteilt worden sei. Sie habe dem C._____ ein Interview gegeben. Sie habe mit ihren Kindern für eine Foto posiert und sie habe den Arti-

kel ins Internet gestellt. Sie habe aber den Artikel nicht selber geschrieben. Sie habe während des Interviews immer wieder gestockt in der Angst, dass der Kläger mit seiner Boshaftigkeit alles wieder gegen sie richten könnte. Auf ihre Angst hin sei ihr immer wieder versichert worden, dass der D._____ Verlag Anwälte im Rücken habe, die auf solche Dinge spezialisiert seien und dass sie genau wissen würden, was sie schreiben könnten und was nicht. Sie solle einfach alles erzählen, wie es aus ihrer Sicht gewesen sei, unbesorgt dessen, dass es zu ihrem Nachteil ausgelegt werden könnte. Sie habe den Artikel nie zum Gegenlesen erhalten. Sie habe somit auch kein Gut zum Druck und keine sonstige Handhabe gehabt. Sie sei damals im Umgang mit Medien absolut unerfahren gewesen und habe geglaubt, was ihr erzählt worden sei. Sie möchte ausdrücklich festhalten, dass der D._____ Verlag nicht ihr gehöre, sie also nicht den Artikel veröffentlicht habe und sie damit auch nicht gerade stehen wolle, insbesondere, da sie die verbotene Wahrheit an ihrem Küchentisch im Vertrauen erzählt habe, im guten Glauben daran, dass nur veröffentlicht würde, was auch rechtlich erlaubt sei. Sie fordere hiermit erneut einen unentgeltlichen Rechtsbeistand.

3. a) aa) In Bezug auf die erstinstanzliche Prozessgeschichte ist auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 35 S. 3 ff. Ziff. I). Hervorzuheben ist dabei, dass die Beklagte den vorinstanzlichen Beschluss vom 25. Mai 2010 am 27. Mai 2010 (Urk. 6 f.), die Verfügung betreffend klägerische Fristerstreckung vom 7. Juni 2010 am 14. Juni 2010 (Urk. 8 f.), die Präsidialverfügung vom 21. Juni 2010 mit der Fristansetzung zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen am gleichen Tag (Urk. 13 f.) und den Beschluss vom 11. Oktober 2010 am 13. Oktober 2010 (Urk. 16 f.) an der …strasse … in E._____ entgegengenommen hatte. In der Folge zog die Beklagte weg, ohne dies der Vorinstanz mitzuteilen (vgl. Urk. 20). Der Beschluss der Vorinstanz vom 1. November 2010, mit welchem der Beklagten Frist zur Beantwortung der Klage angesetzt wurde (Urk. 18), musste daher letztlich im kantonalen Amtsblatt publiziert werden (vgl. Urk. 21-23).

Die Beklagte meldete sich bei der Vorinstanz erst wieder mit Schreiben vom 20. Mai 2011 (beim Bezirksgericht Zürich am 31. Mai 2011 eingegangen; Urk. 28). In Bezug auf ihren Wechsel des Wohnorts führte sie aus, dass sie psychisch

enorm unter Druck und tagtäglich in panischer Angst gelebt habe. Als sie das Schreiben der Vorinstanz mit der Aufforderung um Stellungnahme (zu den vorsorglichen Massnahmen) erhalten habe, sei sie dazu psychisch nicht in der Lage gewesen. Im Oktober 2010 sei sie mit ihrer Familie in die F._____ ausgewandert und habe sich in der Zwischenzeit schon sehr gut erholt. Aus diesem Grund habe sie den Beschluss der Vorinstanz betreffend vorsorgliche Massnahmen nicht erhalten (Urk. 28 S. 1). Ihre Behauptung, sie sei im Zeitpunkt des Empfanges der Präsidialverfügung vom 21. Juni 2010 unter enormen psychischen Druck gestanden, belegte sie vor Erstinstanz nicht (vgl. Urk. 29/1-4).

ab) Gemäss § 181 GVG/ZH hat eine Partei Änderungen ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes während eines gerichtlichen Verfahrens unverzüglich anzuzeigen. Unterlässt sie dies, sind Zustellungen an die letztbekannte Adresse rechtswirksam. Mit Beschluss vom 1. November 2010 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt, unter der Androhung, dass bei Säumnis Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden angenommen würde (Urk. 18). Dieser Beschluss konnte der Beklagten auch nach zweimaligem Versuch nicht ausgehändigt werden, da sie als Empfängerin an der angegebenen Adresse nicht mehr ermittelt werden konnte (Urk. 21 f.). Die Beklagte hatte wohlwissend um die Tatsache, in einem pendenten Gerichtsverfahren zu stehen, ihre Adresse geändert, ohne dies dem Gericht entsprechend mitzuteilen. Obgleich die Zustellungsfiktion von § 181 Satz 2 GVG/ZH greift, erfolgte die dritte Zustellung durch Veröffentlichung des Beschlusses am 3. Dezember 2010 im kantonalen Amtsblatt (Urk. 22 f.). Die Vorinstanz hat somit in korrekter Art und Weise versucht, den Beschluss vom 1. November 2010 der Beklagten zuzustellen.

ac) Reicht der Beklagte keine Klageantwort ein, wird gemäss § 130 Abs. 1 ZPO/ZH bei erneuter Säumnis des Beklagten Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden angenommen werden. Diese Säumnisfolge wird schon bei der ersten Aufforderung zur Einreichung der Klageantwort angedroht, wenn der Beklagte der Sühnverhandlung ohne genügende Entschuldigung ferngeblieben ist (§ 130 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO/ZH). Die Beklagte blieb der Ver-

handlung beim Friedensrichter unentschuldigt fern (vgl. Urk. 2/1 S. 2 f.), weshalb die Vorinstanz die Säumnisfolgen zu Recht bereits bei der ersten Aufforderung androhte (vgl. Urk. 18).

ad) Die Vorinstanz durfte somit androhungsgemäss von der Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und vom Verzicht auf Einreden durch die Beklagte ausgehen (vgl. Urk. 35 S. 8 Ziff. 1).

b) Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und neue Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Nur echte Noven (Tatsachen, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind) können ohne weiteres vorgebracht werden. Unechte Noven hingegen (Tatsachen, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheids vorhanden waren) sind grundsätzlich ausgeschlossen (Brunner, in: Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, Art. 317 N 3). Die Berufung setzt nur den vorinstanzlichen Prozess fort. Es ist somit kein Neustart des Prozesses (Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, S. 29).

Die Tatsachenbehauptungen der Beklagten im letzten Abschnitt auf Seite 1 sowie auf Seite 2 ihrer Berufungsschrift vom 14. Juni 2011 sind, da es sich bei ihnen allesamt um unechte Noven handelt, im vorliegenden Berufungsverfahren, in welchem die Dispositionsmaxime herrscht, nicht zu berücksichtigen.

c) Die Behauptung der Beklagten, sie habe vor Vorinstanz sämtliche Fristen und Möglichkeiten zur Stellungnahme verpasst, da sie erhebliche psychische Probleme aufgrund der anhaltenden Attacken des Klägers gehabt habe, kann sinngemäss als Gesuch um Wiederherstellung der vorinstanzlichen Fristen zur Äusserung zur Sache und zur Stellung von prozessualen Anträgen im Sinne von Art. 148 ZPO verstanden werden. Da die Beklagte indessen keinerlei Beweismittel für die geltend gemachte psychische Unmöglichkeit nennt oder vorlegt, ist diese nicht glaubhaft gemacht und auf das sinngemässe Wiederherstellungsbegehren ist nicht weiter einzugehen.

4. Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Berufungsantwort des Klägers einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 17. Mai 2011 zu bestätigen.

5. Der Beklagten ist für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege nicht zu gewähren, da ihre Berufung wie aufgezeigt von vorneherein aussichtslos war (vgl. dazu Art. 117 lit. b ZPO).

6. a) Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Spruchgebühr ist gestützt auf § 1 lit. b, § 2, § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG vom 8. September 2010 auf Fr. 800.– festzusetzen.

b) Mangels Umtrieben ist dem Kläger für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte mit den gegen den Kläger gerichteten Vorwürfen im Artikel des C._____ Nr. … vom tt.mm.2010 "…", S. …, wonach

   - der Kläger der Beklagten und deren Familie das Leben zur Hölle mache,
   - der Kläger die ganze Familie terrorisiere,
   - der Kläger gedroht habe, die Beklagte umzubringen,
   - der Kläger die Beklagte als Minderjährige vergewaltigt und sie psychisch misshandelt habe,
   - der Kläger die Kinder mehrfach geschlagen habe,
   - der Kläger gedroht habe, die Kinder zu entführen und dass die Beklagte die Kinder nie wiedersehen werde,
   - der Kläger die Beklagte nicht habe zur Ruhe kommen lassen und sie an ihren neuen Wohnsitzen verfolgt habe,

   den Kläger in seinen persönlichen Verhältnissen widerrechtlich verletzt hat.

2. Der Beklagten wird ab sofort verboten, die unter Ziff. 1 dieses Urteils genannten Vorwürfe weiterhin zu verbreiten, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

3. Die Beklagte wird ab sofort verpflichtet, den in Ziff. 1 dieses Urteils erwähnten Zeitungs-Artikel

   - aus ihrer Website www.[…].ch,
   - aus dem …blog (www.[…].ch, "…") und
   - aus ihrem Facebook-Profil

   zu entfernen, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 5'000.– (inkl. Zins zu 5 % ab 16. Januar 2010) zu bezahlen.

5. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.– (Pauschalgebühr). Die weiteren erstinstanzlichen Kosten (Publikationskosten) betragen Fr. 69.55. Allfällige weitere erstinstanzliche Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der Beklagten auferlegt.

7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.– (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.

8. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.

9. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.

10. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.

11. Dem Kläger wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Entschädigung zugesprochen.

12. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von Urk. 34, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

13. 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.

Zürich, 18. Januar 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:	Der Gerichtsschreiber:
Oberrichter Dr. R. Klopfer	lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
mc