

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120077-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 25. Februar 2013

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner,

vertreten durch Dr. iur. Advokat Y._____,

betreffend **Persönlichkeitsschutz**
(vorsorgliche Massnahmen)

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 23. November 2012 (EP120002)

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2)

" Gesuch um Erlass von vorsorglichen/superprovisorischen Massnahmen wie folgt:

- "1. Dem Beklagten sei es zu untersagen, sich der Klägerin anzunähern.
2. Dem Beklagten sei es zu untersagen, sich in der Ortschaft C._____ aufzuhalten. Ebenfalls sei es ihm zu untersagen, sich am Arbeitsort der Klägerin, D._____, E._____-Strasse ..., in F._____ aufzuhalten.
3. Dem Beklagten sei es zu verbieten, mit der Klägerin auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg Kontakt aufzunehmen oder sie in anderer Weise zu belästigen.
4. Bei Zuwiderhandlungen der Verbote gemäss Ziffer 1-3 sei der Beklagte gemäss Art. 292 StGB zu bestrafen.
5. Die Schutzmassnahmen gemäss Ziffer 1-4 seien vorsorglich und superprovisorisch, ohne Anhörung des Beklagten anzuordnen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf:

(act. 16 S. 7)

- "1. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 600.-. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- zu bezahlen.
- 5./6. SM./RM."

Berufungsanträge der Klägerin und Berufungsklägerin:

(act. 17 S. 2)

- "1. Die Verfügung vom 23. November 2012 des Bezirksgerichts Dielsdorf sei aufzuheben.
2. Das in der Klage vom 1. Oktober 2012 beantragte Kontakt- und Rayonverbot sei im folgenden Umfange auszusprechen:
- a) Dem Beklagten sei es zu untersagen, sich der Klägerin anzunähern.
 - b) Dem Beklagten sei es zu untersagen, sich in der Ortschaft C._____ aufzuhalten.
Ebenfalls sei es ihm zu untersagen, sich am Arbeitsort der Klägerin, D._____, E._____-Strasse ... in F._____ aufzuhalten.
 - c) Dem Beklagten sei es zu verbieten, mit der Klägerin auf telefoni-schem, schriftlichem oder elektronischem Weg Kontakt aufzunehmen oder sie in anderer Weise zu belästigen.
 - d) Bei Zuwiderhandlung der Verbote gemäss lit. a-c sei der Beklagte gemäss Art. 292 StGB zu bestrafen.
3. Die Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und dem Beklagten seien die Gerichtsgebühr zuzüglich weitere Auslagen der Vorinstanz aufzuerlegen sowie ihn zu verpflichten für das erstinstanzliche Verfahren der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 2'039.05 inkl. MWSt zu bezahlen.
4. Die Vollstreckung von Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung sei aufzuschieben.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu Lasten des Beklagten."

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 1. Oktober 2012 beantragte A._____ (Klägerin und Berufungsklägerin, nachfolgend Berufungsklägerin) beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf den Erlass zivilrechtlicher Schutzmassnahmen gestützt auf Art. 28b ZGB im Sinne des vorerwähnten Rechtsbegehrens (act. 1). Mit Verfügung vom 1. Oktober 2012 wies das Einzelgericht im summarischen Verfahren das Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab (act. 5). Nachdem sich B._____ (Beklagter und Berufungsbeklagter, nachfolgend Berufungsbeklagter) zum Erlass vorsorglicher Mass-

nahmen geäussert (act. 6) und sich die Berufungsklägerin dazu hatte vernehmen lassen (act. 12), wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. November 2012 ebenfalls das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (act. 16). A._____ focht diesen Endentscheid mit Berufung an und stellte obenerwähnte Berufungsanträge (act. 17). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2012 wurde dem Antrag auf Aufschub der Vollstreckung von Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf nicht statt gegeben und der Berufungsklägerin eine Frist zur Nachreichung eines Doppels von Beilage 2 der Berufungsschrift angesetzt. Ferner wurde sie aufgefordert, innert Frist einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 21). Beiden Auflagen kam die Berufungsklägerin nach (act. 23-24).

2. Da die Berufung – wie noch zu zeigen sein wird – offensichtlich unbegründet ist, kann in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden.
3. Aufgrund der unbestrittenen Ausführungen der Parteien vor Vorinstanz kennen sich die Parteien seit ca. 2 Jahren und hatten eine kurze intime Beziehung miteinander. Nach Abbruch der Beziehung durch die Berufungsklägerin erfuhr der Berufungsbeklagte von ihrer Schwangerschaft und ist seither überzeugt, er sei der biologische Vater von G._____, des Sohnes der Berufungsklägerin. In der Folge verschickte er u.a. SMS-Nachrichten an die Berufungsklägerin.
4. a) Die Vorinstanz erwog, der Beginn der Belästigungen seitens des Berufungsbeklagten habe zum Zeitpunkt der Eingabe des Begehrens vom 1. Oktober 2012 bereits elf Monate zurückgelegen. Seit der ersten behaupteten Drohung gegen Leib und Leben im März 2012 seien sodann rund sieben Monate vergangen. Nach Angaben der Berufungsklägerin sei die letzte klare Drohung des Berufungsbeklagten in Form einer SMS-Nachricht vom 23. September 2012 bei ihr eingegangen (act. 4/7). Die Betrachtung der Kurzmitteilungen in den act. 4/5 und act. 4/7 lasse jedoch den Schluss zu,

dass die besagte Drohung nicht am 23. September 2012 vom Berufungsbeklagten gesendet worden sei, sondern bereits am 28. August 2012. Der Inhalt der tatsächlichen SMS-Nachricht vom 23. September 2012, 19.44 Uhr, sei dem Gericht nicht bekannt. Den Grund, warum nach der letzten Drohung vom 28. August 2012 (act. 4/7) über einen Monat bis zur Stellung des Massnahmebegehrens zugewartet worden sei, erkläre die Berufungsklägerin mit der Absprache der vorsorglichen Massnahmen mit der Staatsanwaltschaft und Unklarheiten in der Zuständigkeit glaubhaft. Warum es jedoch nach den andauernden Belästigungen des Berufungsbeklagten und spätestens nach der angeblichen Drohung am Wohnort der Berufungsklägerin im März 2012 nicht umgehend zu einer Reaktion der Berufungsklägerin gekommen sei, nun jedoch die Massnahmen Monate später vorsorglich beantragt werden, vermöge die Berufungsklägerin nicht schlüssig darzulegen. Vielmehr bringe der Beklagte vor, er habe die von ihm ausgehenden Belästigungen inzwischen eingestellt (act. 6), was seitens der Berufungsklägerin nicht bestritten werde. Hinsichtlich des Gesagten falle die für den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen notwendige Nachteilsprognose negativ aus. Die geforderte Dringlichkeit des Erlasses habe seitens der Berufungsklägerin nicht glaubhaft gemacht werden können. Die abwartende Haltung der Berufungsklägerin, der grosse Zeitraum bis zur Gesuchstellung, sowie das Fehlen neuer Vorfälle in den vergangenen Tagen würden den vorsorglichen Erlass der Massnahmen nicht zu rechtfertigen vermögen. In Ermangelung der geforderten Dringlichkeit der Massnahme sei das Gesuch der Berufungsklägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen. Sie sei auf den ordentlichen Prozessweg resp. auf den Ausgang des von ihr am 29. August 2012 eingeleiteten Strafverfahrens zu verweisen (act. 16 S. 5-6).

b) Die Berufungsklägerin führte aus, bereits in der Klagebegründung vom 1. Oktober 2012 habe sie den Umstand der Wartezeit damit erklärt, dass sie aufgrund der massiven Drohungen des Beklagten grosse Angst gehabt und sich selber nicht zu helfen gewusst habe. Erst als sie sich an ihre Rechtsvertreterin gewandt habe, habe sie auf deren Drängen hin umgehend Strafanzeige eingereicht und anschliessend nach Absprache mit der zuständigen

Staatsanwältin das Begehren um zivilrechtliche Schutzmassnahmen gestellt. Auf diese begründete Verängstigung sei die Vorinstanz gar nicht eingegangen (act. 17 S. 4). Zudem sei unbestritten, dass im Zeitpunkt der Einreichung der beantragten Massnahmen die Belästigungen immer noch andauerten. Habe sie doch unbestrittenermassen am 28. August und 23. September 2012 noch Kurzmitteilungen mit unhaltbarem Inhalt erhalten (act. 17 S. 5). Es dürfe nicht sein, dass die zeitliche Dringlichkeit darauf abgestellt werde, wie lange die Belästigungen bereits andauern und wie lange sich das Opfer habe einschüchtern lassen und untätig geblieben sei. In den meisten Fällen von Stalking würden sich die Opfer über längere Zeit nicht getrauen, mit Drittpersonen darüber zu sprechen und entsprechende Hilfe zu holen. Es dürfe nicht Sinn einer vorsorglichen Massnahme sein, dass die rückwirkende Situation so massiv beurteilt werde und bei andauernden Belästigungen und einem Zuwarten ein Nachteil für das Opfer selber entstehe. Ansonsten müsste die Mehrheit solcher Massnahmen abgewiesen werden, weil die Belästigungen oftmals schon längere Zeit andauern. Vielmehr müsse auf die aktuelle Bedrohung und zukünftige Gefahrensituation abgestellt werden. Es sei offensichtlich erwiesen, dass der Beklagte im August und September 2012 nochmals SMS-Nachrichten mit einem unakzeptablen und bedrohlichen Inhalt an die Klägerin gesandt habe, was selbst vom Beklagten entsprechend anerkannt werde. Die Klägerin habe durch diese Rechtsverletzungen konkrete Nachteile gehabt, indem sie in ihrer persönlichen Integrität durch die Belästigungen und Bedrohungen verletzt worden sei. Zudem habe sie damit rechnen müssen, dass die Bedrohungen auch umgesetzt würden. Auch wenn diese zum Glück bis heute noch nicht in die Tat umgesetzt worden seien, dürfe deshalb nicht angenommen werden, dass gar keine Gefahrensituation mehr bestehe und somit die Nachteilsprognose negativ sei. Zudem habe sowohl im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches als auch heute noch ein vehementes Gefährdungspotential seitens des Beklagten gegenüber der Klägerin bestanden. Sei es doch so, dass der Beklagte selbst nach Zustellung des Vaterschaftstestes sowie nach Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens in seiner Stellungnahme vom 24. Oktober 2012

immer noch nicht einsehen wolle, dass er nicht der Vater des Kindes G._____ sei. Es müsse deshalb immer noch davon ausgegangen werden, dass er nur schon aufgrund dieses Umstandes mit der Klägerin wieder Kontakt aufnehmen werde (act. 17 S. 5). Dazu komme, dass die Klägerin zuerst lange gehofft habe, der Beklagte stelle seine Belästigungen aus eigenem Antrieb ein. Diese Hoffnung habe sie auch damit begründet, dass sie gedacht habe, dass bei Vorliegen eines Gutachtens, welches bestätige, der Beklagte sei nicht der Vater ihres Kindes, die entsprechenden Belästigungen aufhörten. Der Vaterschaftstest datiere vom 22. Juni 2012. Leider seien aber die Bedrohungen und Belästigungen auch nach der Zustellung des Vaterschaftstestes an den Beklagten nicht ausgeblieben, vielmehr seien sie noch intensiver und bedrohlicher geworden. Zu diesem Zeitpunkt habe sie dann auch Rat bei der Rechtsvertreterin geholt (act. 17 S. 5-6). Auch wenn sich der Beklagte nun während der Rechtshängigkeit dieses Verfahrens bis heute ruhig verhalten habe, so könne es insbesondere an Weihnachtstagen und im Rahmen von Geburtstagen wieder zu psychischen Einbrüchen kommen. Für die Klägerin hätten weitere Belästigungen oder gar die Umsetzung der Drohungen massive Folgen. Die Dringlichkeit der Massnahme sei somit bei Einreichung des Begehrens gegeben und bestehe nach wie vor. Es dürfe nicht sein, dass zuerst die Drohungen ungesetzt und eine Straftat gegen Leib und Leben passieren müsse, bevor entsprechende Massnahmen ergriffen würden (act. 17 S. 6).

5. a) Im Berufungsverfahren reichte die Berufungsklägerin auch die SMS-Nachricht vom 23. September 2012 ein (act. 19/2) und führte dazu aus, wohl sei bei der (zur Klageschrift als Beilage 7, act. 4/7, eingereichten) Nachricht das Datum 23. September 2012 verzeichnet und der Ausdruck irrtümlicherweise auch als SMS-Nachricht vom 23. September 2012 eingereicht worden, jedoch sei es offensichtlich, dass noch eine weitere Nachricht vom 23. September 2012 bei ihr eingegangen, aber der Inhalt auf dem Ausdruck nicht zu erkennen gewesen sei. Dieses Versehen sei von der Vorinstanz wohl bemerkt worden und hätte ihr – der Berufungsklägerin – auch mitgeteilt werden müssen, bzw. es hätte ein Ausdruck der nachfolgenden und mit

dem 23. September 2012 vermerkten Kurznachricht verlangt werden müssen (act. 17 S. 6-7).

b) Die Berufungsklägerin lässt bei ihrer Rüge gegenüber der Vorinstanz offen, gestützt auf welche prozedurale Vorschrift letztere Gehalten gewesen wäre, von ihr – der Berufungsklägerin – zur Kurznachricht vom 23. September 2012 einzuverlangen. Insoweit ist sie ihrer Rügeobliegenheit im Berufungsverfahren (vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, dort E. 1.1 und 1.2, je mit Verweisen) nicht nachgekommen. Insofern erscheint die Berufung unbegründet. Immerhin kämen an sich die Normen zur gerichtlichen Fragepflicht zum Zuge oder die Regel des Art. 132 Abs. 1 ZPO. Letzte scheint die Berufungsklägerin denn auch im Visier zu haben. Sie verkennt dabei allerdings, dass nur in ganz bestimmten Fällen eine Nachfristansetzung zur Verbesserung einer Eingabe vorgesehen ist. Dass die Klageschrift als Eingabe vor Vorinstanz hätte verbessert werden müssen, legt die Berufungsklägerin aber nicht dar, und das zur Recht: In Art. 132 Abs. 1 ZPO wird beispielhaft aufgezählt, was unter eine mangelhafte Eingabe fällt, nämlich fehlende Unterschrift und fehlende Vollmacht. In Frage kommen kann ferner ein offensichtliches anderes Versehen wie das Fehlen einer Beilage. Hätte die Berufungsklägerin in ihrer Klageschrift auf eine eingereichte Beilage X mit der SMS-Nachricht vom 23. September 2012 hingewiesen, ohne die Beilage X der Vorinstanz einzureichen, dann hätte ihr das Einzelgericht gestützt auf Art. 132 Abs. 1 ZPO eine Nachfrist zur Beibringung dieser Urkunde ansetzen müssen. Vorliegend hat die Berufungsklägerin in ihrer Klageschrift auf SMS-Nachrichten des Berufungsbeklagten vom 23. September 2012 verwiesen mit dem Inhalt, sie solle die Zeit noch geniessen, er werde sie umbringen (act. 1 S. 4). Zum Beleg bzw. Beweis für die Glaubhaftmachung dieser Behauptung verwies sie auf die eingereichte Beilage 7 (act. 4/7). Ein offensichtliches Versehen im genannten Sinn liegt daher gar nicht vor.

c) In dieser Beilage werden im Übrigen SMS-Nachrichten mit nachfolgendem Wortlaut aufgeführt:

"Du bisch so guet wie Tod. Ig"

"Wird genau no2x koh. Wirsch nid glücki."

"Geniesse die zeit mit G._____. Lg. wirdi umbringe. ...".

Unter diesen Nachrichten steht das Datum 23.09.2012 (act. 4/7). Wie sich aber aus der zur Gesuchsstellung bzw. Klage (act. 1) eingereichten Beilage 5 (act. 4/5 S. 2) ergibt, ist das Sendedatum allerdings auf den 28.08.2012 festzulegen. Das Einzelgericht durfte aufgrund der in der Klageschrift behaupteten Drohung deshalb davon ausgehen, dass sich die Berufungsklägerin auf den Inhalt dieser Nachrichten bezog und irrtümlicherweise von einem falschen Versanddatum ausging. Der Vermerk in Beilage 7 (act. 4/7), dass am 23.9.2012 noch eine weitere Nachricht bei der Berufungsklägerin eingegangen sein soll, erforderte kein Tätigwerden der Vorinstanz, auch nicht unter dem Titel gerichtlicher Fragepflicht. Denn im Rahmen der Verhandlungsmaxime haben die Parteien ihre Behauptungen aufzustellen, d.h. die Berufungsklägerin hätte darlegen müssen, was Inhalt der SMS-Nachricht vom 23. September 2012 war. Ebenso obliegt es den Parteien, die Beweismittel zu bezeichnen, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen also die Beilagen zu bezeichnen und beizubringen, welche die Sachstellung glaubhaft machen sollen. Ob eine Beilage wie act. 4/7 dafür ausreicht, ist eine Frage gerichtlicher Wertung, das Ergebnis der Beweisführung bzw. des Glaubhaft machens. Mit gerichtlicher Fragepflicht hat das ebensowenig zu tun wie mit einem offensichtlichen Versehen im Zusammenhang mit der Einleitung einer Klage bzw. dem Einreichen einer Eingabe. Denn dem der Unparteilichkeit verpflichtenden Gericht ist es untersagt, in die Beweisführung der Parteien einzugreifen und stets dann, wenn es zum Ergebnis gelangt, ein Beweis sei nicht gelungen bzw. ein Sachverhalt sei nicht glaubhaft dargestellt, mittels Fristansetzung weitere Beweismittel und Belege zu verlangen.

d) Im Berufungsverfahren hat die Berufungsklägerin die ihrer Ansicht nach korrekte Beilage 7 (act. 19/2) eingereicht. Bereits vor Vorinstanz hatte sie unter dem Titel "Auszüge von einem Teil der SMS des Beklagten an die Klägerin" (vgl. Beilagenverzeichnis zur Gesuchsstellung, act. 3) einen unvollständigen Auszug dieser Nachrichten unter praktisch vollständiger – und

daher nicht lesbar — Abdeckung des Sendedatums eingereicht (act. 4/5 S. 3). Da die Berufungsklägerin selbst die eingereichte Beilage 5 (act. 4/5) in ihrem Beilagenverzeichnis als "Auszüge von einem Teil der SMS des Beklagten an die Klägerin" bezeichnet hatte und sie sich bezüglich aller in Beilage 5 (act. 4/5) erwähnten Nachrichten nicht auf ein Sendedatum bezog, hatte die Vorinstanz auch insofern keine Veranlassung, die Berufungsklägerin unter entsprechender Nachfristansetzung auf die Unvollständigkeit der Nachricht in Beilage 5 S. 3 (act. 4/5 S. 3) hinzuweisen.

6. a) Mit der im Berufungsverfahren eingereichten SMS-Nachricht (act. 19/2) will die Berufungsklägerin glaubhaft machen, dass sie auch noch am 23. September 2012 eine "unmissverständliche Drohung" des Beklagten erhalten habe (act. 17 S. 7). Ob dieses neue Beweismittel im Berufungsverfahren berücksichtigt werden kann, ist nachfolgend zu prüfen.

b) Mit dem Berufungsverfahren wird der vorinstanzliche Prozess lediglich fortgesetzt. 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.

Mit der neu eingereichten Beilage (act. 19/2) will die Berufungsklägerin das Sendedatum vom 23. September 2012 und den bedrohlichen Inhalt dieser Nachricht belegen. Act. 19/2 vervollständigt — wie bereits erwähnt — die vor Vorinstanz eingereichte Beilage 5 (act. 4/5 S. 3), indem ein Sendedatum aufgeführt und die SMS-Nachricht ergänzt wird. Inwiefern es der Berufungsklägerin unmöglich gewesen wäre, eine Beilage mit dem Inhalt von act. 19/2 bereits der Vorinstanz einzureichen, ist nicht ersichtlich. Erkennbar ist hingegen, dass die Berufungsklägerin selektiv Belege eingereicht hat, und zwar bewusst (vgl. vorn Erwägung 5d "Auszüge"). Von daher verbietet es sich von selbst anzunehmen, es sei ihr nicht zuzumuten gewesen, die SMS-Nachrichten vollständig einzureichen, wie es von einer sorgfältigen Partei erwartet werden kann. Zu Recht macht die Berufungsklägerin daher selbst nicht geltend, sie hätte eine Beilage entsprechend act. 19/2 auch bei Beach-

tung zumutbarer Sorgfalt der Vorinstanz nicht einreichen können. Art. 19/2 bleibt deshalb im Berufungsverfahren unberücksichtigt. Zu erwähnen ist noch, dass der besagten Nachricht auch kein bedrohlicher Inhalt entnommen werden könnte.

7. a) Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und (lit. a) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (lit. b). Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO handelt vom (materiellen) Anspruch, auch Verfügungsanspruch genannt, und von der Verletzung. Die Verletzung bildet mit dem Nachteil gemäss Abs. 1 lit. b den sogenannten Verfügungsgrund. Bezüglich des Verfügungsanspruches hat das Gericht eine sogenannte Hauptsachenprognose und bezüglich des Verfügungsgrundes eine sogenannte Nachteilsprognose zu erstellen (Johann Zürcher, DIKE-Komm ZPO, Online-Stand, 21.11.12, Art. 261 N 13). Die Dringlichkeit wird in dieser Norm nicht ausdrücklich erwähnt, doch ergibt sich das selbstredend daraus, dass die betroffene Person dem Gericht glaubhaft darlegen können muss, dass sie ohne solche Massnahmen in ihrer Persönlichkeit verletzt wird, noch bevor das Gericht im gewöhnlichen Verfahren über die Sache entscheiden kann. Wartet eine Partei mit der Stellung des Massnahmebegehrens lange zu, kann dies ungebührlich und damit rechtsmissbräuchlich sein (Art. 2 Abs. 2 ZBG). Ein Zuwarten kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn es zeitlich dem entspricht, was die Führung eines ordentlichen Prozesses erfordert. Jedenfalls besteht bei Zuwarten mit der Stellung des Begehrens ein erhöhter Erklärungsbedarf in der Nachteilsdiskussion (vgl. Sicherheit & Recht, 1/2011 S. 14; Johann Zürcher, DIKE-Komm ZPO, a.a.O., Art. 261 N 8-9). Es dürfen gemäss ausdrücklicher Erwähnung im Gesetz nur notwendige Massnahmen erlassen werden. Wenn trotz Rechtsverletzung und Verstreichens geraumer Zeit keine konkreten Nachteile glaubhaft dargelegt werden können, dürfte es schwierig werden, das Gericht von der Dringlichkeit bzw. Notwendigkeit entsprechender Anordnungen zu überzeugen (Johann Zürcher, DIKE-Komm ZPO, a.a.O., Art. 261 N 10). Bei der Prüfung,

ob die Voraussetzungen zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme glaubhaft gemacht worden sind, kommt dem Richter ein grosser Ermessensspielraum zu (BSK ZPO-Sprecher, Basel 2010, Art. 261 N 9 f.).

- b) Basis jeder vorsorglichen Massnahme ist ein zivilrechtlicher Anspruch des Gesuchstellers (ZK ZPO-Huber, 2. A. Zürich 2013, Art. 261 N 17). Die Berufungsklägerin sieht ihre Persönlichkeit durch Drohungen und Nachstellungen des Berufungsbeklagten verletzt (Art. 28b ZGB). Zur Glaubhaftmachung dieses Sachverhaltes reichte sie u.a. zwei vom Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin (act. 4/3) bzw. an deren Mutter (act. 4/4) gerichtete undatierte Schreiben ein. Entgegen der Feststellung der Vorinstanz (vgl. act. 16 S. 5) können mit diesen beiden Schreiben keine Drohungen glaubhaft gemacht werden. In beiden Briefen geht der Berufungsbeklagte davon aus, dass er der Vater von G._____ ist. Er drückt seine Hoffnung aus, dass sich ab einem gewissen Alter von G._____ die Ähnlichkeit mit ihm zeigen werde. Im Schreiben an die Berufungsklägerin drückt er vor allem seine Frustration über den Ausgang der Beziehung mit der Berufungsklägerin aus. Die Bemerkung, er werde mit dem Velo bei ihr aufkreuzen und ihren Sohn auf Ähnlichkeiten mit ihm überprüfen, ist keine Drohung im Sinne einer Persönlichkeitsverletzung. Sind allerdings noch weitere Hinweise bezüglich Nachstellungen vorhanden, könnte alles zusammen das Bild eines Stalking-Falles ergeben. Drohungen können mit den eingereichten SMS-Nachrichten vom 26. August 2012 (act. 4/5 S.1) und vom 28. August 2012 (act. 4/5 S. 2 mit Fortsetzung in act. 4/7) glaubhaft gemacht werden. Die persönliche Integrität der Berufungsklägerin wurde durch diese Drohungen verletzt. Unbestritten ist, dass die bedrohlichen Nachrichten vom Berufungsbeklagten stammten.
8. Es gibt drei mögliche Grundlagen für die Anrufung des Gerichtes, nämlich die im Gesuchszeitpunkt bestehende, andauernde Verletzung, die erstmals drohende Verletzung und die geschehene Verletzung, deren Wiederholung droht (Johann Zürcher, DIKE-Komm ZPO, a.a.O., Art. 261 N 14). Die letzten Drohungen sind vorliegend auf den 28. August 2012 zu fixieren. Zwar schaffen geschehene Verletzungen eine gewisse Vermutung für weitere Verlet-

zungshandlungen (vgl. BSK ZPO-Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 21), jedoch brachte der Berufungsbeklagte vor Vorinstanz vor, die Belästigungen inzwischen eingestellt zu haben (act. 6 S. 2), was seitens der Berufungsklägerin (act. 12 S. 2) nicht bestritten worden ist. Auch im Berufungsverfahren bestätigte sie, dass sich der Berufungsbeklagte seit Rechtshängigkeit des Verfahrens bis zum Zeitpunkt der Verfassung der Rechtsmittelschrift ruhig verhalten habe (act. 17 S. 6). Unter diesen konkreten Umständen ist aber die Wiederholungsgefahr nicht glaubhaft. Die Befürchtung einer Anspruchsverletzung durch die Gegenpartei hängt nämlich nicht von den subjektiven Vorstellungen der gesuchstellenden Partei ab, sondern muss nach objektivierten Massstäben gegeben sein (vgl. BSK ZPO-Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 20). Da aus der Nichtverletzung eines Anspruchs auch kein Nachteil erwachsen kann, fehlt es an einer Nachteilsprognose. Unter diesen Umständen ist auch die zeitliche Dringlichkeit nicht erfüllt. Diese ist nämlich allgemein dann nicht gegeben, wenn eine akute Gefährdungslage und damit ein Massnahmeinteresse fehlt und das richterliche Endurteil ohne Weiteres abgewartet werden kann (vgl. ZK ZPO-Huber, a.a.O., Art. 261 N 22).

9. Selbst wenn die Nachteilsprognose erfüllt wäre, müsste das Massnahmebegehren mangels zeitlicher Dringlichkeit abgewiesen werden.

Die Strafanzeige erfolgte am 29. August 2012 (act. 4/6 S. 5). Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wurde am 1. Oktober 2012 dem Bezirksgericht Dielsdorf überbracht (act. 1). Die Berufungsklägerin begründete die zeitungleich erfolgten Eingaben an die Staatsanwaltschaft und an das Bezirksgericht mit der im Vorfeld geplanten – und auch erfolgten – Absprache der vorsorglichen Massnahme mit der Staatsanwaltschaft, welche (die Absprache) sich durch Unklarheiten in der Zuständigkeit verzögert habe (act. 1 S. 6). Damit vermochte sie glaubhaft darzulegen, weshalb es zu dieser zeitlichen Verzögerung kam. Weshalb die Berufungsklägerin nach den ersten Belästigungen so lange zuwartete, bis sie entsprechende Rechtsschritte unternahm, begründete sie vor Vorinstanz damit, dass sie durch die Drohungen so verängstigt gewesen sei, dass sie sich lange nicht getraut

habe, Rat bei einer rechtskundigen Person einzuholen. Erst als sie nicht mehr weiter gewusst und die Angst zu gross geworden sei, habe sie sich an ihre Rechtsvertreterin gewandt, welche sie umgehend zur Polizei geschickt habe (act. 1 S. 5-6). Die Vorinstanz hat diese Aussage – entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin (act. 17 S. 4) – sehr wohl zur Kenntnis genommen. Die Vorinstanz musste aber auf die Verängstigungsproblematik nicht näher eingehen. Sie durfte ohne weitere Ausführungen feststellen, dass mit diesen Vorbringen das lange Zuwarten bis zur Gesuchsstellung nicht schlüssig dargelegt worden sei (act. 16 S. 6). Der Vorinstanz ist deshalb beizupflichten, dass die Berufungsklägerin die erforderliche Dringlichkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht glaubhaft machen konnte. Durch das lange Zuwarten – von den ersten Belästigungen (November 2011) bis zur Gesuchsstellung (1. Oktober 2012) dauerte es elf Monate – hat sie ihr Rechtsschutzinteresse verloren (vgl. BSK ZPO-Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 45). Zu erwähnen ist auch, dass diese Zeitspanne des Untätigseins vermutlich auch für die Durchführung des ordentlichen Prozesses gereicht hätte. Bei ihren Ausführungen übersieht nämlich die Berufungsklägerin, dass es sich beim Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache um einen äusserst kurzen Zeitraum der Anordnungsdauer handelt, wenn die Klage nicht prosequiert wird.

10. a) Die Vorinstanz hat die Verfahrenskosten der Berufungsklägerin auferlegt und sie verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- zu bezahlen (act. 16 S. 7).

b) Die Berufungsklägerin machte geltend, selbst bei Abweisung der Berufung in der Hauptsache, habe das Gericht bezüglich der Nebenfolgen einen neuen Entscheid zu fällen. Die Kostenverteilung der Vorinstanz sei offensichtlich unbillig. Es sei der Berufungsbeklagte gewesen, der dieses Verfahren provoziert und gegenüber ihr die massiven Drohungen und Belästigungen ausgesprochen habe. Der Berufungsbeklagte trage deshalb auch das Verschulden, dass dieses Verfahren überhaupt notwendig geworden sei. Er habe mehrfache Rechtsverletzungen begangen und ihre persönliche Integri-

tät mehrfach massiv verletzt. Aus diesem Grunde sei es nur richtig, dass auch bei Ablehnung der vorsorglichen Massnahmen die Kosten für das Verfahren dem Berufungsbeklagten auferlegt würden und ihr die beantragte Entschädigung zuzusprechen sei (act. 17 S. 7-8).

c) In der Regel werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann u.a. von dieser Regelung abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Die Berufungsklägerin verlangt aufgrund des vorprozessualen Verhaltens des Berufungsbeklagten eine Abweichung der üblichen Kostenregelung. Dabei verkennt sie, dass im Zivilverfahren (im Gegensatz zu einer Kostenauflage bei einer eingestellten Untersuchung) die Kosten grundsätzlich nicht nach dem vorprozessualen Verhalten einer Partei auferlegt werden. Das Verfahren wurde vorliegend auch nicht wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben, was u.U. eine andere Kostenverteilung gerechtfertigt hätte (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Der Gesetzgeber dachte bei diesem Auffangtatbestand für "andere besondere Umstände" z.Bsp an ein wirtschaftliches Gefälle zwischen den Parteien (vgl. Botschaft zur ZPO, BBl 2006 S. 7298). Auch bei einem Verfahren, in dem die Offizialmaxime zur Anwendung gelangte, kann die Anwendung der allgemeinen Kostenverteilungsregelung unbillig sein (vgl. BSK ZPO-Rüegg, a.a.O., Art. 107 N 2). Die Bestimmung (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO) soll aber nicht dazu dienen, die ordentliche Verteilung gemäss Art. 106 ZP auszuhebeln (ZK ZPO-Jenny, a.a.O. Art. 107 N 17). Es liegen vorliegend keine besondere Umstände vor, die aufgrund der Billigkeit eine andere Kostenverteilung rechtfertigen würden. Es hat deshalb bei der vorinstanzlichen Kostenregelung zu bleiben.

11. Dies führt somit zur Abweisung der Berufung.

12. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von § 12 i.V.m. § 5 und § 8 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.- festzusetzen. Dem Berufungsbeklagten entstanden im Berufungsverfahren keine Unkosten. Deshalb ist keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 23. November 2012 wird bestätigt.
1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.- festgesetzt.
2. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Dem Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 17, sowie — unter Rücksendung der Akten — an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf und an die Obergerichtskasse, je 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 Endentscheid 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: