

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur. A.
Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegart

Urteil vom 12. Oktober 2021

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec publ. X._____,

gegen

C._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Fürsprecher Y._____,

betreffend

vorsorgliche Massnahmen (Annäherungs- und Kontaktverbot)

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Pfäffikon vom 21. April 2021 (ET210001)

Rechtsbegehren der Gesuchsteller 1 und 2:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der beklagten Partei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verbieten, sich der klagenden Partei bis auf weniger als 25 Meter anzunähern.
2. Es sei der beklagten Partei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verbieten, mit der klagenden Partei auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg Kontakt aufzunehmen oder sie auf andere Weise zu belästigen oder zu bedrohen.
3. Es seien durch das Bezirksgericht die nötigen Vollstreckungsmassnahmen anzuordnen.
4. Die Anordnungen gemäss Ziffern 1-3 vorstehend seien umgehend und ohne Anhörung der beklagten Partei **superprovisorisch** anzuordnen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der beklagten Partei."

"Antrag" des Gesuchsgegners:

(act. 12 S. 1 f.)

- " - Frau B._____ ist ab sofort als befangen abzulehnen
- Verbot an die Eheleute B._____ / A._____ meine Garagenplätze zu betreten (Hausfriedensbruch)
- Überprüfung der aktuellen Parksituation der Eheleute A._____ / B._____ (Konfrontationen werden so automatisch provoziert)
- die nächste Schikane ist in voller Vorbereitung (Rückkehr mit Motorrad Herr D._____ ... [Adresse] als Parkplatznachbar) um ca. 21.00 Uhr."

Verfügung des Einzelgerichtes:

(act. 21 S. 9 [Aktenexemplar])

1. Auf den "Antrag" des Gesuchsgegners wird gesamthaft nicht eingetreten.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im nachfolgenden Erkenntnis entschieden.

3. Schriftliche Mitteilung sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Urteil des Einzelgerichtes:
(act. 21 S. 9 f. [Aktenexemplar])

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. [Schriftliche Mitteilung.]
5. [Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge:

der Berufungskläger (act. 22 S. 2):

- " 1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 21. April 2021 (G.-Nr. ET210001-H) aufzuheben.
2. Es seien die vor Vorinstanz beantragten vorsorglichen Massnahmen anzuordnen.
 3. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

des Berufungsbeklagten (act. 28 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen und der erstinstanzliche Entscheid sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus MwSt. zulasten der Gesuchsteller und Berufungskläger."

Erwägungen:

I. Sachverhalt- und Prozessgeschichte

1.

1.1. In der von den Parteien bewohnten Siedlung schwelt seit längerer Zeit ein nachbarschaftlicher Konflikt, in welchen mehrere Bewohner involviert sind (act. 1 S. 3, act. 7; act. 12; act. 21 E. 4.3.). Hintergrund des vorliegenden Verfahrens bildet ein Vorfall zwischen dem Gesuchsteller und Berufungskläger 1 (nachfolgend: Berufungskläger 1) und dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagter) in der gemeinsamen Tiefgarage der Wohnsiedlung vom 2. März 2021, welchen der Berufungskläger 1 (zumindest teilweise) mit seinem Handy in einem 59 Sekunden dauernden Video aufgezeichnet hat (act. 4/1; vgl. auch act. 1 S. 3 ff., act. 7 und act. 12). Bei der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin 2 (nachfolgend: Berufungsklägerin 2) handelt es sich um die Ehepartnerin des Berufungsklägers 1.

1.2. Auf der Videosequenz ist zu sehen, wie der Berufungskläger 1 und der Berufungsbeklagte (letzterer einen ca. 1.5 Meter langen Holzstock in seinen Händen haltend) in der erwähnten Tiefgarage aufeinander treffen. Nachdem sich die beiden ein erstes Mal unmittelbar gegenüber gestanden sind, weicht der Berufungskläger 1 plötzlich einige Schritte zurück, worauf der Berufungsbeklagte ihn unter anderem als Feigling bezeichnet und sagt, er solle ruhig zur Polizei gehen. Der Auslöser dieses Zurückweichens ist wegen der zu diesem Zeitpunkt kurzfristig auf den Boden gerichteten Handykamera allerdings nicht erkennbar. Kurz danach kommt es zum nächsten unmittelbaren Zusammentreffen am Rande der Tiefgarage (im Bereich eines offen stehenden Kellers), wohin sich der Berufungskläger 1 in der Zwischenzeit zurückgezogen hat. Man hört den Berufungsbeklagten, während er auf den Berufungskläger 1 zugeht und schliesslich unmittelbar vor diesem (mit dem Holzstock auf dessen Körper zeigend) stehenbleibt, Folgendes in die auf ihn gerichtete Handykamera sagen: "Wenn du diesen Anhänger noch einmal anfasst, dann bist du fällig. Weissst du, wenn die Polizei dich nicht endlich versorgen kann, dann mache ich es." Sodann fügt der Berufungsbeklagte an,

dass der Berufungskläger 1 (nun) fest Angst haben solle, woraufhin der Berufungskläger 1 entgegnet, dass er dies nochmals wiederholen solle, was der Berufungsbeklagte schliesslich auch tut. Danach entfernt er sich vom Berufungskläger 1 und die Videoaufzeichnung endet.

2. Mit Eingabe vom 2. März 2021 stellten die Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon (nachfolgend: Vorinstanz) die eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren betreffend vorsorgliche bzw. superprovisorische Massnahmen zum Schutz drohender (vom Berufungsbeklagten ausgehender) Gewalttätigkeiten bzw. Persönlichkeitsverletzungen (act. 1 S. 2). Nachdem die Vorinstanz mit Verfügung vom 8. März 2021 zunächst das superprovisorische Massnahmengesuch der Berufungskläger abgewiesen und dem Berufungsbeklagten Frist zur Einreichung der Gesuchsantwort angesetzt hatte (act. 5), trat sie mit Verfügung und Urteil vom 21. April 2021 auf die oben aufgeführten Gegenanträge des Berufungsbeklagten (act. 12 S. 1 f.) nicht ein und wies das Gesuch der Berufungskläger um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (act. 17 S. 9 f. = act. 21 [Aktenexemplar] = act. 23; nachfolgend zitiert als act. 21). Mit Eingabe vom 28. April 2021 erhoben die Berufungskläger gegen das vorinstanzliche Urteil Berufung mit oberwähnten Anträgen (act. 22 S. 2). Die mit diesem Urteil von der Vorinstanz erlassene Verfügung wurde hingegen von keiner Partei angefochten. Sie bildet daher nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens. Die vorinstanzlichen Akten (act. 1–19) wurden nach Eingang der Berufung beigezogen. Nachdem dem Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 21. Juli 2021 Frist zur Berufungsantwort angesetzt worden war, ging diese mit Eingabe vom 2. August 2021 fristgerecht bei der Kammer ein (act. 26–28). Die Berufungsantwort wurde den Berufungsklägern mit Kurzbrief vom 12. August 2021 zur Kenntnis gebracht, woraufhin diese mit Eingabe vom 16. August 2021 (innerhalb der zehntägigen bundesgerichtlichen Wartefrist) unaufgefordert ihr Replikrecht wahrnahmen (act. 30–32). Die Replik wurde dem Berufungsbeklagten mit Kurzbrief vom 17. August 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 34). Daraufhin reichte dieser mit Eingabe vom 23. August 2021 (innert vorerwähnter Frist) unaufgefordert seine Duplik ein. Mit Verfügung vom 25. August 2021 wurde den Berufungsklägern eine nicht erstreckbare Frist von 10 Tagen an-

gesetzt, um zur Wahrung des Replikrechts eine mündliche Verhandlung zu verlangen. Die Parteien wurden dabei darauf hingewiesen, dass die Sache mit Ablauf der angesetzten Frist ins Stadium der Beratung übergehe, wenn von den Berufungsklägern keine Verhandlung verlangt würde (act. 37). Am 7. September 2021 lief die erwähnte Frist ungenutzt ab (act. 38/1). Mit Eingabe vom 17. September 2021 teilte schliesslich der Berufungsbeklagte der Kammer mit, dass die Berufungskläger schon seit längerem nicht mehr in der Liegenschaft an der E.____-gasse wohnen würden (act. 39). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten ausschliesslich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist (vorliegend innert 10 Tagen) schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich zudem, dass die Berufung Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Nach Beginn der Urteilsberatung können hingegen keine Noven mehr ins Verfahren eingebracht werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.3–2.2.6). Für die Parteien muss der Übertritt in die Beratungsphase allerdings erkennbar sein, damit sich der Novenausschluss rechtfertigt. Nicht von der Novenregelung gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO betroffen sind die Prozessvoraussetzungen, deren Vorhandensein gemäss Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfen ist (BGer 4A_707/2016 vom 29. Mai 2017, E. 3.3.2). Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung ist in jedem Stadium des Verfahrens zu berücksichtigen (OGer ZH PS160146 vom 19. Mai 2017, E. III. 2c), mithin also auch noch in der Beratungsphase.

2.

2.1. Die vorliegende Berufung betrifft eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit (vorsorgliche Massnahmen zum Schutz vor Gewalttätigkeiten bzw. Persönlichkeitsverletzungen). Sie wurde innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht (act. 18/1; act. 22). Die Berufungskläger sind durch den angefochtenen Entscheid, da ihren Anträgen nicht entsprochen wurde, beschwert und folglich zur Berufung legitimiert. Insofern steht dem Eintreten auf die Berufung nichts entgegen.

2.2. Entgegen der in der Noveneingabe vom 17. September 2021 (act. 39) geäusserten Ansicht des Berufungsbeklagten liesse der angebliche Wegzug der Berufungskläger deren Rechtsschutzinteresse am vorliegenden Verfahren nicht per se entfallen, zumal auch dann noch Persönlichkeitsverletzungen drohen können, wenn die Parteien nicht mehr in unmittelbarer Nachbarschaft zueinander wohnen. Damit steht mit dem behaupteten Wegzug nicht der Wegfall einer Prozessvoraussetzung in Frage, sondern es handelt sich um ein gewöhnliches Sachverhaltsnovum, welches nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden kann bzw. in der Beratungsphase gar nicht mehr zu hören ist. Indem der Berufungsbeklagte ausführt, dass die Berufungskläger schon seit längerem weggezogen seien, räumt er indirekt selber ein, dass er diese Behauptung eigentlich schon früher ins Verfahren hätte einbringen können, weshalb es an der Voraussetzung des unverzüglichen Vorbringens gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO mangelt, zumal der Berufungsbeklagte auch nicht geltend macht, vom bereits seit längerem stattgefundenen Umzug erst gerade erfahren zu haben. Zudem ist das Verfahren nach unbenütztem Ablauf der mit Verfügung vom 25. August 2021 angesetzten zehntägigen Frist am 8. September 2021 in die Phase des Beratungsstadiums übergetreten (siehe oben E. I. 2.). Dies war dem Berufungsbeklagten aufgrund des in der genannten Verfügung gemachten Hinweises bekannt (zum Ganzen oben E. I. 2.). Das vorgebrachte Novum des Wegzuges ist deshalb auch aus diesem Grund unbeachtlich. Eine Zustellung der Eingabe des Berufungsbe-

klagen vom 17. September 2021 an die Berufungskläger kann zusammen mit diesem Endentscheid erfolgen.

3. Der eingangs geschilderte Sachverhalt ist durch eine vom Berufungskläger 1 mit seinem Handy erstellte Videoaufnahme dokumentiert. Damit könnte der Berufungskläger 1 bei der Beschaffung dieses Beweismittels gegen materielle Rechtsvorschriften, wie z.B. solche des Datenschutzgesetzes oder des Strafgesetzbuches verstossen haben. Es stellt sich deshalb die von Amtes wegen abzuklärende Frage, ob diese Aufnahme als Beweismittel überhaupt verwertbar ist. Art. 152 Abs. 2 ZPO besagt diesbezüglich, dass rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt werden, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Auf der einen Seite steht eine behauptete Bedrohung der körperlichen Integrität des Berufungsklägers 1 (siehe nachfolgend E. III. 3. und 6.), auf der anderen Seite ein möglicher Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Berufungsbeklagten durch die von seiner Person angefertigte Videoaufnahme. Der zweitgenannte Eingriff wiegt (im Vergleich zu ersterem) weniger stark, zumal die Filmaufnahme auch nicht im Privatbereich des Berufungsbeklagten, sondern vielmehr in der für alle Bewohner der Siedlung zugänglichen Tiefgarage angefertigt wurde. Zudem wiederholte der Berufungsbeklagte auf entsprechende Aufforderung des Berufungsklägers 1 hin (gewissermassen für die Kamera) seine Aussage, wonach dieser nun fest Angst haben solle. Damit liegt möglicherweise sogar eine rechtfertigende Einwilligung in die betreffende Aufnahme vor. Jedenfalls überwiegt bei dieser Ausgangslage das Interesse an der Wahrheitsfindung bzw. Verwertbarkeit des betreffenden Beweismittels, womit die vom Berufungskläger 1 angefertigte Videoaufnahme als Beweismittel für den vorliegend strittigen Sachverhalt verwendet werden kann.

III. Zur Berufung im Einzelnen

1.

1.1. Das Gericht trifft gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (i) ein ihr zustehender Anspruch (sog. Verfügungsanspruch) verletzt ist oder die Verletzung

eines solchen zu befürchten ist, (ii) dass ihr aus der Verletzung dieses Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (sog. Verfügungsgrund) und (iii) dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit besteht. Bezüglich des Verfügungsanspruchs hat das Gericht eine sogenannte Hauptsachenprognose zu erstellen, bezüglich des Verfügungsgrundes eine sogenannte Nachteilsprognose (siehe z.B. ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N 17, sowie BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N 10 ff.). Die betreffenden Voraussetzungen sind lediglich glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 142 II 49 E. 6.2; BGer 5A_629/2011 vom 26. April 2012, E. 5.3.1). Besondere Bedeutung kommt bei vorsorglichen Massnahmen schliesslich dem Prinzip der Verhältnismässigkeit zu, weshalb vor einem allfälligen Erlass einer Massnahme auch eine Abwägung der gegenteiligen Interessen der Parteien vorzunehmen ist (im Allgemeinen ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N 33, sowie BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N 10; spezifisch bezüglich Persönlichkeitsverletzungen BGer 5A_608/2018 vom 11. Februar 2019, E. 3.4 [Rayonverbot]).

1.2. Art. 28 ZGB bietet Schutz gegen jede Verletzung der Persönlichkeit; das heisst gegen jeden mehr als harmlosen Angriff, jede spürbare Störung, jede ernst zu nehmende Bedrohung oder Bestreitung der Persönlichkeitsgüter. Betroffen ist die Persönlichkeit unter physischem, psychischem oder sozialem Gesichtspunkt. Ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, beurteilt sich dabei nicht nach der subjektiven Empfindlichkeit der verletzten Person, sondern nach einem objektiven Massstab (BSK ZGB I-MEILI, 6. Aufl. 2018, Art. 28 N 39 und 42). Liegt eine derartige Verletzung (welche auch in einer blossen Bedrohungslage bestehen kann) vor, so können beim zuständigen Gericht die in Art. 28a und 28b ZGB vorgesehenen Massnahmen beantragt werden.

2. Die Vorinstanz verneinte bereits den Verfügungsanspruch. Sie war der Ansicht, die auf dem Video zu hörende Äusserung des Berufungsbeklagten ("... dann bist du fällig. Wenn die Polizei dich nicht endlich versorgen kann, dann mache ich es. Habe fest Angst.") erreiche (auch in Kombination mit dem bloss in der Hand gehaltenen Stock) die für eine Drohung nach Art. 28b ZGB erforderliche Intensität nicht; dies gerade auch vor dem Hintergrund des bereits langandauernden nachbarschaftlichen Konflikts. Daran würden auch die subjektiven Schilderungen des Berufungsklägers 1 (grosse Angst und Schrecken, Schlaflosigkeit usw.) nichts ändern, zumal diese als blosser Übertreibung zu gewichten seien. Dasselbe gelte auch für das Empfinden der Berufungsklägerin 2, da die Äusserung des Berufungsbeklagten nicht einmal sinngemäss an sie gerichtet gewesen sei. Insgesamt kam die Vorinstanz zum Ergebnis, dass keine Persönlichkeitsverletzung im Sinne des Gesetzes vorliege (act. 21 E. 4.3.). Weitere, vom Berufungsbeklagten angeblich getätigte Drohungen erachtete die Vorinstanz sodann mangels konkreter Wiedergabe des Inhalts als nicht rechtsgenügend dargetan (act. 21 E. 4.3.; siehe auch act. 1 S. 3). Aus diesen Gründen wies die Vorinstanz das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (act. 21 E. 6).

3.

3.1. Die Berufungskläger machen in ihrer Berufungsschrift im Wesentlichen geltend, die körperliche und psychische Unversehrtheit des Berufungsklägers 1 seien durch das eingangs beschriebene Verhalten des Berufungsbeklagten ernsthaft bedroht gewesen. Der Berufungskläger 1 hätte jederzeit damit rechnen müssen, dass der Berufungsbeklagte seine Drohung wahr mache und ihn mit dem Schlagstock verprügle (act. 22 Rz 7). Entgegen der Vorinstanz sei hierdurch gegenüber dem Berufungskläger 1 die Grenze der Persönlichkeitsverletzung klar überschritten worden (act. 22 Rz 12). Bezüglich der Berufungsklägerin 2 führten die Berufungskläger vor der Kammer aus, dass sich die Aggressionen des Berufungsbeklagten vermutlich auch gegen diese richten würden, da es sich bei ihr um die Ehefrau des Berufungsklägers 1 handle (act. 32 Rz 8). Die Berufungskläger würden in der Nachbarschaft auch als einheitliches Feindbild wahrgenommen. Aufgrund der Vorfälle müsse auch die Berufungsklägerin 2 jederzeit mit Übergriffen

rechnen (act. 22 Rz 15). Der Berufungsbeklagte suche immer wieder Gelegenheiten, ihnen beiden zu drohen und Schlechtes zuzufügen (act. 32 Rz 8).

3.2. Der Berufungsbeklagte bestreitet, dem Berufungskläger 1 physische Gewalt angedroht zu haben. Eine Gefahr würde, so der Berufungsbeklagte, allein vom psychisch kranken Berufungskläger 1 ausgehen, der bekannt dafür sei, zu Wut- und Gewaltausbrüchen zu tendieren. Die Äusserung ("... dann bist du fällig. Wenn die Polizei dich nicht endlich versorgen kann, dann mache ich es. Habe fest Angst") habe sich ausschliesslich darauf bezogen, den Berufungskläger 1 in die "Klasmühle" zu bringen (zum Ganzen act. 28 insb. Rz 13). Dass die Berufungsklägerin 2 etwas vom Berufungsbeklagten zu befürchten hätte, wird von diesem ebenfalls bestritten (act. 28 Rz 15).

4. Die Behauptung des Berufungsbeklagten, wonach seine in der Tiefgarage gemachten Aussagen sich bloss darauf bezogen habe, den Berufungskläger 1 in die "Klasmühle" zu bringen, brachte er vor der Kammer erstmals vor, nachdem er vor Vorinstanz bloss ausgeführt hatte, den Berufungskläger 1 zu keinem Zeitpunkt mit dem Holzstock bedroht zu haben, welchen er jeweils dazu verwende, um seinen Hund (einen Hovawartrüden) beim Auslaufen etwas in der Gangart zurückzuhalten (act. 12). Das Ganze sei, so der Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren, lediglich eine verbale Auseinandersetzung gewesen (act. 12). Insofern handelt es sich bei der erwähnten Behauptung um ein unechtes Novum, welches im Berufungsverfahren nicht mehr zu hören ist, zumal nicht ersichtlich ist, weshalb dieses nicht bereits vor Vorinstanz hätte vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

5. Der eingangs umschriebene Sachverhalt, wonach der Berufungsbeklagte, während er auf den Berufungskläger 1 zuging und schliesslich unmittelbar vor diesem (mit dem Holzstock auf dessen Körper zeigend) stehen blieb und sagte: "Wenn du diesen Anhänger noch einmal anfasst, dann bist du fällig. Weisst du, wenn die Polizei dich nicht endlich versorgen kann, dann mache ich es. Habe fest Angst.", ist als angedrohte Selbstjustiz durch Zufügung körperlicher Gewalt zu verstehen. Dass auf dem aufgezeichneten Handyvideo keine Schlagbewegung mit dem Stock ersichtlich ist, welchen der Berufungsbeklagte normalerweise für

seinen Hund verwenden soll, ändert daran nichts. Die Gesamtsituation (das Halten des Stockes in Verbindung mit dem Gesagten) wirkt bei objektiver Betrachtung bedrohlich. Damit liegt die für eine Drohung geforderte Intensität vor und die Äusserung lässt sich nicht mehr als bloss verbale Auseinandersetzung ohne gewaltandrohendes Element qualifizieren. Daran ändert auch der offensichtlich seit längerem schwelende nachbarschaftliche Konflikt nichts. Entgegen der Vorinstanz ist der Verfügungsanspruch im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO demnach ausreichend glaubhaft gemacht, stellt doch die drohende Äusserung des Berufungsbeklagten eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB dar und ist aufgrund der Umstände glaubhaft, dass sich die Drohung jederzeit wiederholen könnte. Dasselbe gilt auch für den Verfügungsgrund, zumal die Androhung körperlicher Gewalt ohne weiteres einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellt. Ebenfalls besteht eine gewisse zeitliche Dringlichkeit, da die ange drohte Gewalt beim Betreten der Tiefgarage jederzeit ausgeübt werden könnte. Damit ist zu prüfen, welche Schutzmassnahmen in der vorliegenden Situation verhältnismässig erscheinen.

6. Für die Frage, welche Massnahmen zur Abwendung künftiger Persönlichkeitsverletzung im vorsorglichen Massnahmeverfahren angeordnet werden können, ist Art. 262 ZPO einschlägig. Danach kann eine vorsorgliche Massnahme jede gerichtliche Anordnung beinhalten, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Vorliegend sind Verbote beantragt. Solche werden in lit. a von Art. 262 ZPO ausdrücklich als Anwendungsfall vorsorglicher Massnahmen aufgeführt. Zur Konkretisierung der möglichen vorsorglichen Verbote kann im Fall einer Persönlichkeitsverletzung auf die Bestimmung von Art. 28b ZGB zurückgegriffen werden, welche für das Hauptsacheverfahren vorsieht, dass das Gericht zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen der verletzenden Person insbesondere verbieten kann, (i) sich der klagenden Person anzunähern oder sich in einem bestimmten Umkreis ihrer Wohnung aufzuhalten, (ii) sich an bestimmten Orten, namentlich bestimmten Strassen, Plätzen oder Quartieren, aufzuhalten, oder (iii) mit der klagenden Person Kontakt aufzunehmen, namentlich auf telefoni schem, schriftlichem oder elektronischem Weg, oder sie in anderer Weise zu belästigen.

7.

7.1. Das Begehren des Berufungsklägers 1, dem Berufungsbeklagten zu verbieten, mit ihm auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg Kontakt aufzunehmen oder ihn auf andere Weise zu belästigen oder zu bedrohen (Berufungsantrag Nr. 2 i.V.m. Rechtsbegehren Nr. 2), erweist sich als verhältnismässig. Es ist einerseits geeignet, den Berufungskläger 1 vor möglichen weiteren Drohungen oder Gewalttätigkeiten zu schützen, und es schränkt andererseits den Berufungsbeklagten in seiner persönlichen Freiheit nur geringfügig ein. Anders verhält es sich bezüglich des ebenfalls gestellten Begehrens des Berufungsklägers 1, dem Berufungsbeklagten zu verbieten, sich ihm bis auf weniger als 25 Meter anzunähern (Berufungsantrag Nr. 2 i.V.m. Rechtsbegehren Nr. 1). In Fällen, wo die Parteien wie vorliegend in derselben Siedlung wohnen, und insbesondere die gleiche Tiefgarage benützen, würde ein Annäherungsverbot von 25 Metern einen relativ grossen Eingriff in die Bewegungsfreiheit darstellen. Zwar wäre es unter dem Regime der Dispositionsmaxime möglich, ein weniger weit reichendes Annäherungsverbot auszusprechen, da diesfalls nicht etwas anders als das Beantragte zugesprochen würde (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Vorliegend erscheint es aber im Rahmen vorsorglicher Massnahmen angebracht, das beantragte Kontakt-, Belästigungs- und Bedrohungsverbot anzuordnen. Im Falle einer Missachtung desselben könnte im späteren Hauptsacheverfahren dann immer noch die einschneidendere Massnahme eines Annäherungsverbotes ausgesprochen werden. Derzeit erscheint ein solches Annäherungsverbot aber nicht erforderlich und damit unverhältnismässig, weshalb im vorliegenden Verfahren das mildere, ebenfalls geeignete Kontakt-, Belästigungs- und Bedrohungsverbot anzuordnen ist. Insofern ist die Berufung des Berufungsklägers 1 teilweise gutzuheissen.

7.2. Die Berufungskläger beantragen, die obgenannten Verbote seien unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB anzuordnen (Berufungsantrag Nr. 2 i.V.m. Rechtsbegehren Nr. 2). Nach Art. 236 Abs. 3 i.V.m. Art. 219 ZPO kann das urteilende Gericht im Massnahmeverfahren Vollstreckungsmassnahmen anordnen. Auch bei Vorliegen konkreter Anträge entscheidet das Gericht von Amtes wegen über die Vollstreckungsmassnahme. Dabei berücksichtigt es den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Anordnung der Strafandrohung nach Art. 292

StGB ist in Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO vorgesehen und erscheint im konkreten Fall zur Durchsetzung der anzuordnenden Verbote angemessen.

8.

8.1. Die Berufungsklägerin 2 wurde im aufgezeichneten Handyvideo nicht bedroht. Dennoch behauptet auch sie, sich vor dem Berufungsbeklagten zu fürchten (act. 1 S. 4; act. 22 Rz 15; act. 32 Rz 8). Die Berufungskläger führten dazu vor Vorinstanz allerdings lediglich aus, dass auch die Berufungsklägerin 2 indirekt Ziel der gegen den Berufungskläger 1 (ihren Ehemann) gerichteten Attacke sei (act. 1 S. 4). Weitere konkrete Vorkommnisse, Ereignisse oder sonstige Tatsachen, welche diese Behauptung stützen würden, schilderten sie nicht, weshalb sich diese als unsubstantiiert erweist. Ebenfalls offerierten die Berufungskläger keinerlei Beweise zur Glaubhaftmachung der angeblich auch die Berufungsklägerin 2 betreffenden Bedrohungslage. Insofern wies die Vorinstanz das vorsorgliche Massnahmengesuch der Berufungsklägerin 2 zu Recht ab. Was die vor der Kammer zusätzlich vorgebrachten Ausführungen betreffend die Schutzbedürftigkeit der Berufungsklägerin 2 betrifft (oben E. III. 3.1.), zeigen die Berufungskläger nicht auf, inwiefern diese Noven im Berufungsverfahren überhaupt noch zu berücksichtigen wären (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Indem sich diese Ausführungen darauf beschränken, in sehr allgemeiner Form bzw. ohne Nennung konkreter Beispiele eine auch gegenüber der Berufungsklägerin 2 bestehende Bedrohungslage zu behaupten, würden sie sich jedoch ohnehin (nach wie vor) als unsubstantiiert erweisen. Zudem fehlt es weiterhin an entsprechenden Beweisofferten, aufgrund derer eine konkrete Bedrohung der Berufungsklägerin 2 glaubhaft gemacht wäre.

8.2. Soweit die Berufungsklägerin 2 vor der Kammer auch eine indirekte (affektive) Persönlichkeitsverletzung infolge ihrer engen Verbundenheit mit dem Berufungskläger 1 (als ihren Ehegatten) geltend macht (act. 22 Rz 14), mangelt es ihr an der Aktivlegitimation für Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 28b ZGB (Parlamentarische Initiative 00.419 "Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft", Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 18. August 2005, BBI 2005 6871 ff., S. 6885, Kapitel "5.2.3 Legitimation"). Schutzmassnahmen sind nicht zugunsten einer allenfalls bloss affektiv betroffenen Per-

son, sondern zugunsten der effektiv bedrohten auszusprechen. Werden solche Massnahmen zugunsten einer bedrohten Person angeordnet, so entfällt durch deren Schutzwirkung auch die künftige affektive Betroffenheit einer dieser nahestehenden Person. Auf die Frage, ob eine solche indirekte (affektive) Persönlichkeitsverletzung überhaupt bejaht werden könnte, braucht deshalb nicht weiter eingegangen zu werden.

8.3. Insgesamt besteht kein Anlass, das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Berufungsklägerin 2 in Frage zu stellen. Die Berufung der Berufungsklägerin 2 ist deshalb abzuweisen.

9. Zusammenfassend ist in teilweiser Gutheissung der Berufung des Berufungsklägers 1 das Urteil der Vorinstanz vom 21. April 2021 aufzuheben und das Gesuch des Berufungsklägers 1 vom 2. März 2021 um Erlass vorsorglicher Massnahmen bezüglich dessen Rechtsbegehren Nr. 2 gutzuheissen. Demnach ist dem Berufungsbeklagten unter Androhung der Straffolge von Art. 292 StGB (Busse bis Fr. 10'000.–) im Wiederhandlungsfall einstweilen zu verbieten, mit dem Berufungskläger 1 auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg Kontakt aufzunehmen oder ihn auf andere Weise zu belästigen oder zu bedrohen. Dem Berufungskläger 1 ist dabei eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung des vorliegenden Urteils anzusetzen, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage in der Hauptsache anzuheben; dies unter der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die vorsorgliche Massnahme ohne Weiteres wieder dahinfalle (Art. 263 ZPO). Im Übrigen ist die Berufung des Berufungsklägers 1 abzuweisen (Berufungsantrag Nr. 2 i.V.m. Rechtsbegehren Nr. 1 [Annäherungsverbot]). Die Berufung der Berufungsklägerin 2 ist vollumfänglich abzuweisen. Das Urteil der Vorinstanz vom 21. April 2021 ist deshalb bezüglich der Berufungsklägerin 2 zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei Streitigkeiten gemäss Art. 28b ZGB werden im Entscheidverfahren grundsätzlich keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. f ZPO). Sie können jedoch fakultativ der unterliegenden Partei auferlegt werden, wenn gegen sie ein Verbot

nach Art. 28b ZGB ausgesprochen wird (Art. 115 Abs. 2 ZPO). Nichts anderes kann auch für das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen gelten, in welchem Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 28b ZGB beantragt werden. Damit könnten vorliegend dem Berufungsbeklagten, gegen den eine solche Massnahme einstweilen anzuordnen ist, Kosten auferlegt werden. Da es sich aber wohl um das erste diesem aufzuerlegende Verbot im Sinne von Art. 28b ZGB handelt, ist davon sowohl für das vorinstanzliche wie auch das Berufungsverfahren abzusehen. Demnach sind den Parteien für beide Verfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen.

2.

2.1. Anders verhält es sich bezüglich der von Art. 114 lit. f ZPO nicht erfassten Parteientschädigung. Eine solche wurde im vorinstanzlichen Verfahren allerdings nur von den bereits damals anwaltlich vertretenen Berufungsklägern verlangt, im Verfahren vor der Kammer hingegen auch vom nunmehr ebenfalls berufsmässig vertretenen Berufungsbeklagten. Der Berufungsbeklagte reichte zusammen mit seiner Berufungsantwort (act. 28) die entsprechende Anwaltsvollmacht ein (act. 29). Die Berufungsantwort selbst trägt allerdings nicht die Unterschrift seines Rechtsvertreters, sondern diejenige von ihm selbst. Bei der Sichtung dieser Eingabe wird jedoch sofort klar, dass diese von einer Fachperson verfasst wurde. Es würde sich daher als überspitzt formalistisch erweisen, allein deswegen von der Zusprechung einer Parteientschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO abzusehen.

2.2. Für das erstinstanzliche Verfahren ist die volle Parteientschädigung gestützt auf § 5 Abs. 1 und § 9 AnwGebV auf Fr. 1'000.– und für das zweitinstanzliche Verfahren gestützt auf § 13 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 9 AnwGebV ebenfalls auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

2.3. Was zunächst die unterliegende Berufungsklägerin 2 betrifft, so würde diese für das zweitinstanzliche Verfahren gegenüber dem Berufungsbeklagten eigentlich entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da dessen Rechtsvertreter bezüglich der Berufungsklägerin 2 jedoch nur einige wenige Ausführungen anbringen musste, welche im Verhältnis zum Gesamtaufwand als vernachlässigbar

erscheinen, ist vorliegend davon abzusehen, die Berufungsklägerin 2 zur Entrichtung einer Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren zu verpflichten. Das vorinstanzliche Urteil ist bezüglich des Gesuchs der Berufungsklägerin 2 zu bestätigen, was auch die dort geregelten Entschädigungsfolgen umfasst.

2.4. Bezüglich des Berufungsklägers 1 ist die Regelung der Entschädigungsfolgen, also die Verteilung der vorstehend festgesetzten vollen Parteientschädigungen von je Fr. 1'000.–, dem Hauptsacheverfahren vorzubehalten (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Für den Fall, dass der Berufungskläger 1 die Klage nicht innert oben unter E. III. 9. aufgeführter Frist anhängig machen sollte, gilt jedoch, was folgt:

Der Berufungskläger 1 obsiegt insofern, als dass eine Schutzmassnahme im Sinne von Art. 28b Abs. 1 ZGB zu seinen Gunsten anzuordnen ist. Da jedoch nur eines seiner zwei Rechtsbegehren vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz standhält bzw. gutgeheissen werden kann, unterliegt er gleichzeitig partiell. Dieses Unterliegen ist allerdings nicht mit 50%, sondern tiefer zu gewichten, da sowohl der Verfügungsanspruch (drohende Gewaltanwendung) als auch der Verfügungsgrund (nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil) zu bejahen sind. Bei dieser Ausgangslage erscheint es als angemessen, von einem Obsiegen des Berufungsklägers 1 im Umfang von 75% auszugehen. Entsprechend unterliegt der Berufungsbeklagte in diesem Umfang. Demnach ist dem Berufungskläger 1 für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von je Fr. 500.– zuzusprechen. Ein Mehrwertsteuerersatz wurde vom Berufungskläger 1 nicht verlangt und ist deshalb nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Berufungsklägers 1 wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 21. April 2021 (ET210001) aufgehoben und das Gesuch des Berufungsklägers 1 vom 2. März 2021 um Erlass vorsorglicher Massnahmen teilweise gutgeheissen.

Demnach wird dem Berufungsbeklagten unter Androhung der Straffolge von Art. 292 StGB (Busse bis Fr. 10'000.–) im Widerhandlungsfall einstweilen

verboten, mit dem Berufungskläger 1 auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg Kontakt aufzunehmen oder ihn auf andere Weise zu belästigen oder zu bedrohen.

Auszug aus dem Strafgesetzbuch (StGB):

Art. 292 Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen

Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.

Im Übrigen wird die Berufung des Berufungsklägers 1 abgewiesen.

2. Die Berufung der Berufungsklägerin 2 wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 21. April 2021 (ET210001) wird bestätigt.
3. Dem Berufungskläger 1 wird eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um direkt beim zuständigen Gericht eine Klage in der Hauptsache anzuheben; unter der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die vorsorgliche Massnahme ohne Weiteres wieder dahinfällt (Art. 263 ZPO).
4. Es werden keine Gerichtskosten erhoben, weder für das erst- noch das zweitinstanzliche Verfahren.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem vom Berufungskläger 1 anhängig zu machenden Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Für den Fall, dass der Berufungskläger 1 nicht innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 eine Klage anhängig macht, wird der Berufungsbeklagte verpflichtet, dem Berufungskläger 1 für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von total Fr. 1'000.– (exkl. MwSt.) zu bezahlen.

6. Im Übrigen werden weder für das erst- noch das zweitinstanzliche Verfahren Parteientschädigungen zugesprochen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 39, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 Entscheid 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: