

Ein Fehler in der Diagnose oder in der Einleitung der Behandlung konnte vorliegend nicht nachgewiesen werden. Die Fortsetzung der Behandlung war jedoch fachmännisch ungenügend. Bei korrektem Vorgehen wären nicht stark zerrissene Wundränder und freibleibende Knochen in der Umgebung der teilweise extrahierten Zähne zu finden gewesen. Es hätten mindestens die Wunden behandelt, die freiliegenden Knochen «versorgt» und die Patientin an einen andern Zahnarzt gewiesen werden müssen.

Bei den grossen Erfahrungen, welche sich die beklagte Partei während einer jahrzehntelangen Zahnarztpraxis erwerben konnte, sind diese Behandlungsfehler offensichtlich auf Fahrlässigkeit zurückzuführen und begründen daher grundsätzlich die Haftpflicht für den eingetretenen Schaden.

Diese Haftpflicht wird indessen durch das erhebliche Mitverschulden der Klägerin gemildert. Sie hat offensichtlich ihre Zähne seit Jahren nicht mehr behandeln lassen und richtig gepflegt. In der Klageschrift ihres Anwalts wird denn auch zugegeben, dass die Zähne bereits bei Antritt der Behandlung «faul und verstümmelt» waren. Die Gegenpartei konnte glaubhaft machen, dass der Klägerin nachhaltig empfohlen worden war, sich doch an einen Spezialisten für derart heikle Extraktionen zu wenden.

OGer 30.3.1979 (RBer 1978/79, S. 33)

3045

Schadenersatz als Folge vorsorglicher Massnahmen. Ein Bauherr klagte auf Schadenersatz, weil ein Nachbar beim Massnahmerichter ein vorsorgliches Bauverbot erwirkte, die Baueinsprache hernach aber nicht weiterverfolgte (Art. 236 ZPO).

Die ausserrhodische Zivilprozessordnung von 1955 kannte diese Bestimmung noch nicht. Entsprechende Schadenersatzbegehren hätten sich auf Art. 41 OR stützen müssen. Das Bundesgericht hatte sich schon zu dieser Rechtsanwendung auszusprechen und erklärt, ein Begehren um Anordnung einer vorläufigen Massnahme erscheine nicht als widerrechtlich, solange der Gesuchsteller dafür sachliche Gründe hatte, selbst wenn sich diese nachträglich als unzutreffend erwiesen (BGE 88 II 280, 93 II 183, vgl.

den Zürcher Entscheid nach altem Recht vom 22. Dezember 1966 in SJZ 1971, S. 175).

Massgebend für die Einführung von Art. 236 ZPO war die neue zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976. Sie sieht wesentliche Milderungen gegenüber der entsprechenden bernischen Ordnung (Art. 332 BE ZPO) und den Bestimmungen für das direkte Verfahren vor Bundesgericht (Art. 84 BZP) vor. Der Anspruch besteht

- bei Fehlen einer materiellen Begründung für die erwirkte einstweilige Massnahme,
 - bei fehlender Fälligkeit des Sicherungsanspruchs.
- Vorgesehen sind zwei Entlastungsgründe:
- Entlastung oder Befreiung bei fehlendem Verschulden des Ersatzpflichtigen,
 - Anwendbarkeit der Art. 43 und 44 OR (und des Art. 42 OR zur Schadensbemessung).

Die Bestimmung ist nach zürcherischem – wie nach ausserrhodischem – Zivilprozessrecht als Kausalhaftung mit weitgehender Entlastungsmöglichkeit zu bezeichnen (vgl. Streuli/Messmer, Kommentar zur zürch. Zivilprozessordnung, N. 5–11 zu Art. 230 ZH ZPO).

Wer Schadenersatz beansprucht, hat das Fehlen oder Ungenügen der Gründe für die erlassene vorsorgliche Massnahme zu beweisen. Dies gilt besonders dann, wenn der Gesuchsteller das Verfahren nicht weiterführte und die Klagefrist unbenützt auslaufen liess (Streuli/Messmer, a.a.O., N. 10 zu Art. 230 ZH ZPO, Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 259). Dem Belangen steht der Beweis offen, dass ihn kein oder kein wesentliches Verschulden treffe.

Ersatzpflichtig wird namentlich, wer das Recht auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 231 Ziff. 2 ZPO, z.B. eines Bauverbotes, zu Verzögerungszwecken ausübt oder die Einsprache mit unsachlichen Forderungen verbindet (im Zürcher Entscheid von 1966 betrug die Verzögerung mehr als zwei Jahre). – Ein offenkundiger Rechtsmissbrauch muss nach Art. 236 ZPO nicht vorliegen.

OGer 30.4.1987 (RBer 1986/87, S. 34)