

ZH_OBERGERICHT LF160046 vom 14. September 2016

ZH Obergericht, 2016-09-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF160046

FR: ZH_OBERGERICHT LF160046 du 14 septembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LF160046 del 14 settembre 2016

Erwägungen

E. 1

Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) wurde am 9. November 2010 vom Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagter) als Privatarzt in der Klinik H. _____ in Zürich zur Entfernung von Zysten an der Leber operiert (sog. Leberzystenfenestration). Am 11. Dezember 2010 unterzog sich die Berufungsklägerin einer zweiten Operation in der Bauchhöhle, da wiederum Schmerzen und Beschwerden aufgetreten waren (act. 1 S. 3 und 4, act. 15 S. 5). Nach ihrer Darstellung leidet die Berufungsklägerin seither an starken Beschwerden im Magen- und Darmbereich, welche ihr eine normale Ernährung verunmöglichen, sie in ihrer Erwerbs- und Haushaltstätigkeit sowie der Freizeitgestaltung einschränken und ihre Lebensqualität massiv beeinträchtigen (act. 1 S. 4). Sie führt dies auf Fehler bzw. Sorgfaltspflichtverletzungen des Berufungsbeklagten im Zusammenhang mit den von ihm durchgeführten Operationen zurück (act. 1 S. 3).

E. 2

Am 16. Oktober 2015 gelangte die Berufungsklägerin an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) und stellte das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren um vorsorgliche Beweisführung in der Form eines gerichtlichen Gutachtens über die beiden Operationen und ihre Beschwerden (act. 1). Im daraufhin durchgeführten Verfahren reichten beide Parteien je drei Eingaben mit Ausführungen zur Sache ein (vgl. act. 1, act. 15, act. 22, act. 33, act. 39 und act. 52). In ihrer dritten Eingabe vom 8. April 2016 korrigierte und ergänzte die Berufungsklägerin ihr ursprünglich gestelltes Rechtsbegehren, namentlich indem sie die an den Sachverständigen zu stellenden Fragen veränderte (act. 39 und act. 40). In der Folge wies die Vorinstanz das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung mit Urteil vom 23. Juni 2016 ab (act. 58).

E. 3

Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom

E. 3.1

Wie die Vorinstanz korrekt ausführte, sind Gesuche um vorsorgliche Beweisführung zufolge des Verweises in Art. 158 Abs. 2 ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln (vgl. act. 58 E. 3.1). Im summarischen Verfahren ist gemäss Art. 253 ZPO von der Gegenpartei eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme einzuholen, sofern das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet erscheint. Ein weiterer Schriftenwechsel, also das Erstellen einer Replik und einer Duplik, ist hingegen – auch dies führte die Vorinstanz richtig aus (act. 58 E. 3.1) – nicht vorgesehen. Anders als im ordentlichen Verfahren, in welchem sich die Parteien grundsätzlich zweimal uneingeschränkt äussern können, kommt ihnen diese Gelegenheit im summarischen

Verfahren also lediglich einmal zu. Die Parteien haben folglich ihre Vorbringen, d.h. die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, grundsätzlich abschliessend im Gesuch bzw. der Stellungnahme zum Gesuch darzulegen (OGer ZH, LF140087 vom 16. Dezember 2016 E. 7; ZK ZPO-Klingler, 3. Aufl. 2016, Art. 252 N 30 ff. m.w.H. sowie Art. 253 N 11; vgl. ferner BSK ZPO-Willisegger, 2. Aufl. 2013, Art. 229 N 58; Eric Pahud, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 229 N 27, Martin Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 252 N 36 m.w.H. auch zu teils abweichenden Ansichten). Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zulässig (ZK ZPO-Klingler, 3. Aufl. 2016, Art. 252

- 10 - N 33; vgl. auch Art. 219 ZPO), wobei zu beachten ist, dass die blossе Bestreitung eines gegnerischen Vorbringens kein Novum darstellt (OGer ZH, LF140087 vom 16. Dezember 2016 E. 7). Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO sind neue Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach der früheren Eingabe entstanden sind (sog. echte Noven) oder zwar bereits vorher vorhanden waren, jedoch trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (sog. unechte Noven). Wird ein Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht, muss gleichzeitig dargelegt werden, dass die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind (BK ZPO-Killias, Art. 229 N 14 und 18; BSK ZPO-Willisegger, 2. Aufl. 2013, Art. 229 N 33; Engler, OFK-ZPO, 2. Aufl. 2015, ZPO 229 N 5; ZK ZPO-Leuenberger, 3. Aufl. 2016, Art. 229 N 10). Auch eine Klageänderung nach der Einreichung von Gesuch und Stellungnahme ist in analoger Anwendung von Art. 230 Abs. 1 ZPO nur zulässig, wenn Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt ist und die Klageänderung auf zulässigen Noven beruht (ZK ZPO-Klingler, 3. Aufl. 2016, Art. 252 N 34). Trotz den Einschränkungen im summarischen Verfahren sind Eingaben aufgrund des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 53 Abs. 1 ZPO) der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zuzustellen und es ist ihr die Möglichkeit zu gewähren, Stellung zu nehmen. Dabei ist es Sache der jeweiligen Partei, zu beurteilen, ob eine Stellungnahme aufgrund neuer Vorbringen erforderlich ist oder nicht (BGE 138 I 484 E. 2.1). Die Novenschranke kann aber auf jeden Fall mit solchen auf dieses sog. "ewige" Replikrecht gestützten Ausführungen weder umgangen noch verschoben werden (OGer ZH, PF150029 vom 17. August 2015 E. 3.5). Das Replikrecht besteht im Übrigen unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme zugestellt wird (BGE 138 I 484 E. 2.2).

E. 3.2

Bei der Überprüfung, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig feststellte, ist zunächst zu eruieren, ob es richtig war, lediglich auf die Ausführungen aus der Eingabe der Berufungsklägerin vom 16. Oktober 2015 abzustellen (act. 58 E. 4.1), oder ob, wie die Berufungsklägerin vorbringt (act. 59 S. 12), auch deren Eingaben vom 27. Januar 2016 sowie vom 8. April 2016 dem Urteil zugrunde zu legen ge-

- 11 - wesen wären. Dabei ist von Bedeutung, ab wann Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO vorgebracht werden konnten. Grundsätzlich trat die Novenschranke zufolge der im summarischen Verfahren geltenden Grundsätze nach Einreichung der Stellungnahme des Berufungsklägers vom 14. Dezember 2015 (act. 15) ein. Die Berufungsklägerin macht nun aber geltend, sie habe davon ausgehen dürfen, dass die Vorinstanz einen uneingeschränkten Schriftenwechsel mit umfassenden Rechtsschriften angeordnet habe (act. 59 S. 13). Durch eine solche –

grundsätzlich mögliche – Anordnung von weiteren umfassenden Schriftenwechseln wäre die Grenze, bis zu der uneingeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel eingeführt werden konnten, verschoben worden. Damit ist abzuklären, ob die Vorinstanz solche umfassende Schriftenwechsel anordnete. Nach Eingang der erwähnten gesuchsbeantwortenden Stellungnahme des Berufungsbeklagten setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 6. Januar 2016 Frist an, um "schriftlich zur Eingabe des Gesuchsgegners, insbesondere zur Frage des zu ernennenden Gutachters, Stellung zu nehmen". Weiter merkte sie an, dass allfällige Beweismittel mit der Stellungnahme einzureichen seien (act. 18). Die Berufungsklägerin leitet daraus die Anordnung eines umfassenden zweiten Schriftenwechsels ab, da sie aufgefordert worden sei, ihre Stellungnahme nicht bloss auf das Thema des Gutachters zu beschränken (act. 59 S. 13). Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Anordnung eines weiteren umfassenden Schriftenwechsels ist wie erwähnt zwar grundsätzlich möglich, allerdings nur sehr zurückhaltend und als Ausnahme vorzunehmen (vgl. BGE 138 III 252 E. 2.1) und zudem explizit zu verfügen (vgl. OGer ZH, PF150029 vom 17. August 2015 E. 3.5). Die von der Vorinstanz in der Verfügung vom 6. Januar 2016 (act. 18) gewählte Formulierung kann nicht als ausdrückliche Anordnung verstanden werden. Die Tatsache und die Art der Fristansetzung war zudem in Anbetracht des Verfahrensstandes und der Umstände nichts Aussergewöhnliches, so dass daraus mangels klarer anderslautender Formulierung keine Abweichung von den im summarischen Verfahren geltenden Grundsätzen abgeleitet werden kann.

- 12 - So war die Vorinstanz zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Berufungsklägerin verpflichtet, ihr die gegnerische Stellungnahme zuzustellen und zumindest Gelegenheit zur Äusserung dazu zu geben. Es stand der Vorinstanz auch frei, hierzu ausdrücklich eine Frist anzusetzen. Wie die Berufungsklägerin richtig anmerkt, wurde sie zwar nicht bloss aufgefordert, sich zum in der gegnerischen Stellungnahme neu vorgeschlagenen Gutachter (vgl. act. 15 S. 2 und 26) zu äussern. Die Verwendung des Begriffs "insbesondere" lässt vielmehr darauf schliessen, dass sie auch zu sonstigen (neuen) Ausführungen Stellung nehmen durfte. Dies ist jedoch nicht zu beanstanden, hätte es der Vorinstanz doch gar nicht zugestanden, der Berufungsklägerin einschränkend vorzuschreiben, wozu sie sich äussern dürfte. Dies, weil wie ausgeführt das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin zu wahren war und zudem die Beurteilung, ob erneute Ausführungen erforderlich waren, in diesem Verfahrensstadium alleine deren Sache war. Ferner hatte die Berufungsklägerin ohnehin das Recht, jegliche Ausführungen des Berufungsbeklagten zu bestreiten. Im Übrigen war und ist die Berufungsklägerin anwaltlich vertreten. Von einem Anwalt kann erwartet werden, dass er die Besonderheiten und Einschränkungen des summarischen Verfahrens kennt und damit davon ausgehen muss, dass mit Verfügungen betreffend weiteren Stellungnahmen nach Erstattung von Gesuch und erster gegnerischer Stellungnahme grundsätzlich bloss das rechtliche Gehör gewahrt und kein atypischer zusätzlicher Schriftenwechsel angeordnet wird. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin (act. 59 S. 13) kann auch aus der Verwendung des Begriffs "Duplik" durch den Berufungsbeklagten (vgl. act. 33) keine Anordnung eines weiteren umfassenden Schriftenwechsels abgeleitet werden. Die Vorinstanz selbst verwendete die Terminologie "Replik" und "Duplik" nicht (vgl. act. 18, act. 27, act. 37, act. 46 und act. 53) und war auch nicht verpflichtet, die von den Parteien verwendeten Formulierungen zu korrigieren. Die Vorinstanz ordnete also keine weitere umfassende Schriftenwechsel an. Es bleibt folglich dabei, dass die Novenschranke im vorinstanzlichen Verfahren nach Erstattung der

Stellungnahme des Berufungsbeklagten vom 14. Dezember 2015 (act. 15) eintrat.

- 13 -

E. 3.3

Die Berufungsklägerin durfte in ihren nach Eintritt der Novenschanke erstatteten Stellungnahmen uneingeschränkt die in den gesuchsgegnerischen Eingaben enthaltenen neuen Vorbringen bestreiten. Das Einführen weiterer Tatsachen und Beweismittel, welche weder in ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2015 noch in der gegnerischen Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 erwähnt waren, richtete sich jedoch nach Art. 229 Abs. 1 ZPO analog. In ihren Eingaben vom 27. Januar 2016 und vom 8. April 2016, beide nach Eintritt der Novenschanke eingereicht, brachte die Berufungsklägerin einige neue Tatsachen und Beweismittel ein (vgl. insbesondere act. 22 S. 4 ff. und act. 39 S. 4 ff.). Dabei begründete sie jedoch in keiner Weise, ob diese erst nach Gesuchseinreichung bzw. Erstattung der gesuchsgegnerischen Stellungnahme entstanden waren oder trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. In der Berufungsschrift erklärt sie bloss in pauschaler Weise, sie sei lediglich auf neue Behauptungen der Gegenpartei eingegangen (act. 59 S. 13), womit wohl gemeint ist, ihre Vorbringen seien durch deren neue Ausführungen veranlasst worden. Dies genügt jedoch nicht, um die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zu erfüllen. Die Berufungsklägerin ist folglich der ihr obliegenden Begründungspflicht im Hinblick auf die Zulässigkeit von Noven nicht genügend nachgekommen, sodass die Noven in den erwähnten Stellungnahmen nicht zu berücksichtigen sind. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang immerhin, dass hinsichtlich der Vorschläge zum Gutachter wohl einige zulässige Noven vorliegen (vgl. etwa act. 22 S. 2). Darauf braucht jedoch in Anbetracht des Ergebnisses des Berufungsverfahrens nicht näher eingegangen zu werden.

E. 3.4

An dieser Beurteilung vermögen auch die Ausführungen der Berufungsklägerin zu angeblichen Fehlern der Vorinstanz bei der Prozessleitung und daraus folgend Verstösse gegen Treu und Glauben sowie das rechtliche Gehör (vgl. act. 59 S. 13 f.) nichts zu ändern. So kann den Rügen der Berufungsklägerin bezüglich der Verfügung der Vorinstanz vom 9. November 2015 (act. 9; vgl. act. 59 S. 13) nicht beigespflichtet werden. Es handelt sich dabei um eine Verfügung betreffend Fristansetzung zur Stellungnahme an den Berufungsbeklagten im Sinne von Art. 253 ZPO. In Anbetracht des Umstandes, dass das Gesuch vom 16. Ok-

- 14 -
tober 2015 weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet war, ist dieses Vorgehen der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Auch wenn das Gericht die Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 ZPO grundsätzlich von Amtes wegen prüfen muss und ein Abweisungs- oder Gutheisungsantrag der Gegenseite nicht ausschlaggebend ist (vgl. BGE 140 III E. 3.4.1 sowie act. 59 S. 13), kann es der Vorinstanz nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie nach Art. 253 ZPO vorgeing, zumal neben den in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO aufgelisteten Voraussetzungen auch noch weitere Kriterien zu beurteilen waren (vgl. E. II.4.2 unten). Auch dem Vorwurf der ausufernden Prozessführung der Vorinstanz (act. 59 S. 13) kann nicht zugestimmt werden. Aufgrund des "ewigen" Replikrechts war diese verpflichtet, Eingaben der jeweiligen Gegenseite zumindest zur Kenntnisnahme zuzustellen. Dabei stand es ihr frei, explizit eine Frist zur Stellungnahme anzusetzen (vgl. act. 18, act. 27, act. 37, act. 46 und act. 53), oder

darauf zu verzichten (vgl. act. 25). Hätte sich die Vorinstanz anders verhalten, insbesondere den Schriftenwechsel "beendet", wie die Berufungsklägerin fordert (act. 59 S. 13), hätte sie sich dem Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs ausgesetzt. Die Berufungsklägerin ist der Meinung, dass die Vorinstanz gegen Treu und Glauben verstossen und auch das rechtliche Gehör sowie das "ewige Replikrecht" der Berufungsklägerin verletzt habe, indem sie die durch ihre Verfügungen selbst initiierten Eingaben nicht berücksichtigt habe (act. 59 S. 13 f.). Dies trifft nicht zu. So war es während des laufenden Verfahrens Sache der Parteien und nicht der Vorinstanz, zu entscheiden, ob Stellungnahmen zu Eingaben der Gegenseite erforderlich waren. Die Vorinstanz musste wie soeben dargelegt einfach Gelegenheit dazu geben. Nach Vorliegen aller Parteieingaben war es hingegen ihre Aufgabe, die relevanten und in prozessual zulässiger Weise vorgebrachten Tatsachenbehauptungen zu eruieren und diese ihrem Entscheid zugrunde zu legen. Da auch im Rahmen des "ewigen" Replikrechts erstattete Eingaben die Novenschranke nicht zu verschieben vermögen und die darin in den Prozess eingebrachten Tatsachen und Beweismittel folglich an die Voraussetzungen von

- 15 - Art. 229 Abs. 1 ZPO gebunden sind, ist deren Nichtbeachtung rechtmässig, wenn – wie vorliegend – diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

E. 3.5

Weiter stellt sich die Frage, ob die mit Eingabe vom 8. April 2016 (act. 39) vorgenommene Änderung der an den Experten zu richtenden Fragen (act. 40) eine aus prozessualen Gründen unzulässige Gesuchsänderung darstellt, wie die Vorinstanz erwog (act. 58 E. 4.1). Die Berufungsklägerin ist der Ansicht, dass keine Gesuchsänderung vorgelegen habe. Vielmehr könnten auch geänderte Fragen berücksichtigt werden, sofern sie nicht den im Gesuch definierten Prozessgegenstand erweitern würden, da der definitive Entscheid über die Formulierung der Fragen dem Gericht obliegt (act. 59 S. 14). Die dem Sachverständigen zu stellenden Fragen sind Teil des Gesuchs bzw. des Rechtsbegehrens (vgl. OGer ZH, LF140054 vom 3. März 2015 E. 3.7). Zwar ist es richtig, dass der definitive Entscheid über deren Zulassung dem Gericht obliegt, welches in diesem Rahmen auch kleinere Änderungen daran vornehmen kann. Da die Formulierung allerdings primär Sache des Gesuchstellers ist, darf das Gericht weder selbständig neue Fragen bilden noch bestehende Fragen grundlegend verändern (vgl. E. II.4.2 unten). Derartige Korrekturen kann vielmehr bloss der Gesuchsteller vornehmen. Damit haben sich solche grössere Anpassungen aber nach denselben prozessualen Regeln zu richten wie die Änderung sonstiger Rechtsbegehren. Vorliegend stellen die von der Berufungsklägerin vorgenommenen Anpassungen weit mehr als bloss kleinere Korrekturen dar, wurden doch neue Themenbereiche aufgenommen und nach diversen neuen Umständen gefragt (vgl. act. 40). Insofern kann der Berufungsklägerin nicht beigespflichtet werden, dass die umformulierten Fragen lediglich eine Umschreibung der ursprünglichen Fragen seien und keine inhaltlichen Änderungen zur Folge hätten (act. 59 S. 14). Die Änderungen sind folglich nach Art. 230 Abs. 1 ZPO analog zu beurteilen. Wie ausgeführt, brachte die Berufungsklägerin betreffend den dem Gutachten zugrunde zu legenden Sachverhalt keine im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässigen Noven vor (vgl. E. II.3.3 oben). Insbesondere stellen die lediglich durch neue Be-

- 16 - hauptungen des Berufungsbeklagten veranlassten Ausführungen zur Dokumentationspflicht (vgl. act. 59 S. 14) keine solchen dar. Im Übrigen macht die Berufungsklägerin sogar selbst geltend, dass sich die mit Eingabe vom 8. April 2016 gestellten

Fragen mit Ausnahme der Frage zur Dokumentationspflicht auf denselben Sachverhalt wie die zu Beginn gestellten Fragen abstützen würden (act. 59 S. 14). Damit ist die Voraussetzung von Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO für eine Klageänderung nicht erfüllt, sodass die mit Eingabe vom 8. April 2016 (act. 39) formulierten Fragen (act. 40) unbeachtlich sind und auf das ursprüngliche Rechtsbegehren abzustellen ist.

E. 3.6

Im Sinne eines Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Vorinstanz in korrekter Weise davon ausging, dass lediglich auf im Gesuch der Berufungsklägerin vom 16. Oktober 2015 (act. 1) vorgebrachte Tatsachen abzustellen war und solche aus den Eingaben vom 27. Januar 2016 (act. 22) und vom 8. April 2016 (act. 39) unbeachtet zu bleiben hatten. Da die Vorinstanz die tatsächlichen Vorbringen der Berufungsklägerin in der zu beachtenden Eingabe würdigte und in ihrer Beurteilung miteinbezog (vgl. act. 58 E. 2), liegt keine falsche Sachverhaltsfeststellung vor. Ebenso war es zulässig, auf den ursprünglich beantragten und nicht den ergänzten Fragenkatalog abzustellen. In diesem Sinne ist das Rechtsbegehren Ziffer 1.2) der Berufung abzuweisen, wird darin doch das Stellen der zu spät in den Prozess eingeführten Fragen beantragt. Im Folgenden wird anhand des massgeblichen Sachverhaltes und der ursprünglich beantragten Fragen zu beurteilen sein, ob die Vorinstanz das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung zu Recht abwies. 4. Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung 4.1. Damit ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gutgeheissen werden kann, muss eine der Konstellationen von Art. 158 Abs. 1 ZPO vorliegen. So hat der Gesuchsteller etwa gemäss dessen lit. b eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft zu machen. Mit der Voraussetzung des schutzwürdigen Interessens setzte sich die Vorinstanz auf theoretischer Ebene in zutreffender Weise auseinander (vgl. act. 58

- 17 - E. 3.2). Ausdrückliche Erwägungen, ob dieses Kriterium im vorliegenden Fall zu bejahen ist, sind im angefochtenen Entscheid aber nicht enthalten. Ebenso wenig machte die Vorinstanz Ausführungen dazu, ob eine Gefährdung des beantragten Beweismittels vorliege. Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, dies sei eine Rechtsverweigerung (act. 59 S. 10). Beide Voraussetzungen seien gegeben, weshalb ihr Gesuch gutzuheissen sei (act. 59 S. 10 und 12). Der Ansicht der Berufungsklägerin kann nicht gefolgt werden. Es ist ausreichend, wenn sich ein Gericht in der Urteilsbegründung mit den für den Entscheid relevanten Vorbringen auseinandersetzt. Nicht erforderlich ist, dass es auf sämtliche Ausführungen der Parteien eingeht (vgl. BGE 133 III 439 E. 3.3). Da die Vorinstanz das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung in – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. E. II.4.2 bis II.4.5 unten) – zulässiger Weise aufgrund anderer Überlegungen abwies, war sie nicht verpflichtet, auf die Voraussetzungen von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO näher einzugehen. Es kann folglich auch im Berufungsverfahren offen bleiben, ob ein schutzwürdiges Interesse oder eine Beweismittelgefährdung vorliegt. 4.2. Gemäss der Berufungsklägerin ist die Erfüllung von Art. 158 Abs. 1 ZPO die einzige erforderliche Voraussetzung für die Gutheissung eines Gesuches um vorsorgliche Beweisführung. Insbesondere dürfe es nicht aufgrund einer angeblichen Unzulässigkeit der beantragten Fragen an den Experten abgewiesen werden, obliege der Entscheid über deren endgültige Formulierung doch dem Gericht (vgl. act. 59 S. 10 und 11 f.). Die Vorinstanz war anderer Ansicht, was zur Abweisung des Gesuchs führte (act. 58 E. 4.2). In der Folge ist der Frage nachzugehen, welcher Standpunkt zutreffend ist. Da im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung – anders als im Hauptprozess – das Prozessthema noch nicht

vollständig herausgeschält ist, ob- liegt es primär dem Gesuchsteller, im Gesuch die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und den Umfang der beantragten Beweisführung zu be- stimmen (BGE 140 III 16 E. 2.2.3; ZK ZPO-Fellmann, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 26c). Dabei ist es erforderlich, die Behauptungen, die mit dem beantragten Be- weismittel nachgewiesen werden sollen, hinlänglich konkret vorzubringen, um den

- 18 - unzulässigen Ausforschungsbeweis auszuschliessen (BK ZPO-Brönnimann, Art. 158 N 14; vgl. auch Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 158 N 14; Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zi- vilprozessordnung und Patentgesetz, in: ZZZ 2010 S. 12 f.). Es ist nämlich nicht Zweck der vorsorglichen Beweisführung, einer Partei die Grundlagen für die im Hauptprozess notwendigen Behauptungen erst zu verschaffen (OGer ZH, LF140054 vom 3. März 2015 E. 3.8.2), die vorsorgliche Beweisführung darf weder der Informationsbeschaffung noch der Sachverhaltsabklärung nach dem Zufalls- prinzip dienen (Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomentar, 2. Aufl. 2014, Art. 158 N 5). Verlangt der Gesuchsteller die Einholung eines Gutachtens, obliegt es zu- dem – abweichend von Art. 185 ZPO, wonach das Gericht dem Sachverständigen die Fragen stellt – ebenfalls ihm, dem Gericht die an den Experten zu richtenden Fragen zu unterbreiten (BGE 140 III 16 E. 2.2.3; BK ZPO-Brönnimann, Art. 158 N 12; OGer ZH, LF120012 vom 9. Mai 2012 E. 3; ZK ZPO-Fellmann, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 26c). Der endgültige Entscheid über die Formulierung der Gut- achterfragen liegt jedoch beim Gericht, das die Fragen zu überprüfen, nötigenfalls umzuformulieren und über deren Zulassung zu entscheiden hat (BGE 140 III 24 E. 3.3.4; BGE 139 III 33 E. 4.3; ZK ZPO-Fellmann, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 26e). Dabei ist es jedoch weder Aufgabe des Gerichts, zu allgemein formulierte Fragen in konkrete Fragen umzuformulieren (ZR 2015 Nr. 67 E. 6), noch aus aufgeworfe- nen Problemkreisen und pauschalen Verweisen selbst das Fundament für die gutachterliche Beurteilung zu erstellen und geeignete Fragen herauszuarbeiten (OGer ZH, LF140054 vom 3. März 2015 E. 3.8.2). Im Zweifel sind Fragen jedoch zuzulassen, trägt doch grundsätzlich der Gesuchsteller das Risiko eines nicht zu- treffenden Sachverhaltes oder einer ungeeigneten Fragestellung (OGer ZH, PF150029 vom 17. August 2015 E. 3.7; OGer ZH, PF130063 vom 2. April 2014 E. II.5.2). Folglich sind sowohl die hinreichende Substantiierung der dem Beweis zu- grunde zu legenden Tatsachen als im Falle eines Gutachtens als verlangtem Be- weismittel auch die Formulierung der an den Experten zu stellenden Fragen Krite- rien, die neben den Voraussetzungen von Art. 158 Abs. 1 ZPO erfüllt sein müssen

- 19 - (vgl. auch BK ZPO-Brönnimann, Art. 158 N 12; ZK ZPO-Fellmann, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 26). Hinsichtlich der Fragen an den Sachverständigen ist in Anbetracht obiger Ausführungen festzuhalten, dass das Gericht, welches sich bloss auf das vom Gesuchsteller vorgebrachte Sachverhaltsfundament stützen kann und somit über weniger Grundlagen verfügt als im Beweisverfahren eines Hauptprozesses, wohl kleinere Änderungen an den Fragen vornehmen kann. Auch hat es allenfalls ungeeignete oder ungünstige Fragen im Zweifel zuzulassen. Nicht möglich ist je- doch eine völlige Umformulierung oder die Formulierung gänzlich neuer oder an- derer Fragen, wenn sich eine vorgeschlagene Frage als nicht bloss ungeeignet, sondern als unzulässig erweist. In einem solchen Fall ist die entsprechende Frage abzulehnen. Erweisen sich alle Fragen als unzulässig, ohne dass sie vom Gericht korrigiert werden können, ist eine Voraussetzung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung nicht erfüllt, was zu dessen Abweisung führt. 4.3. Die Berufungsklägerin ist der Ansicht, dass das Gericht jeweils in einem ers- ten Schritt über

die Zulässigkeit des Gesuches um vorsorgliche Beweisführung und in einem zweiten Schritt über die Ernennung des Sachverständigen sowie die ihm zu unterbreitenden Fragen zu entscheiden habe (act. 59 S. 11 f., vgl. auch S. 10). Zur Bestätigung verweist sie auf einen Bundesgerichtsentscheid (BGE 140 III 30) und einen analogen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden (VGer GR, U 15 36a vom 16. September 2015) sowie auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich (OGer ZH, PF130063 vom 2. April 2014; vgl. act. 59 S. 11 f.). Diesen Entscheiden lagen jedoch andere Konstellationen als die hier zu beurteilende zugrunde, sodass die Berufungsklägerin daraus für vorliegendes Verfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. So wurden im obergerichtlichen Entscheid die beantragten Fragen als zulässig betrachtet. Zudem war von der Vorinstanz zunächst grundsätzlich die Anordnung eines Gutachtens verfügt worden. In diesem Sinne war zwangsläufig zweistufig vorzugehen, also zunächst über die Zulässigkeit der vorsorglichen Beweisführung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 ZPO zu entscheiden und erst danach, welche Fragen welchem Sachverständigen zu stellen seien (vgl. OGer ZH, PF130063 vom 2. April 2014 S. 2 sowie E. II.2.3 und E. II.4.2). Dies bedeutet je-

- 20 - doch nicht, dass die verschiedenen Voraussetzungen nicht alle im selben Entscheid abgehandelt werden können, insbesondere dann, wenn wie vorliegend festgestellt wird, dass eines der erforderlichen Kriterien nicht erfüllt ist (vgl. E. II.4.5 unten). Das Bundesgericht und in analoger Weise auch das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden äusserten sich sodann mit ihren Feststellungen, dass in einem ersten Schritt von Amtes wegen zu prüfen sei, ob die gesetzlichen Voraussetzungen gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO erfüllt seien und in einem zweiten Schritt die beantragten Beweise zu erheben seien (BGE 140 III 30 E. 3.4.1; VGer GR, U 15 36a vom 16. September 2015 E. 2.e), nicht explizit zur Frage, wie vorzugehen ist, wenn die weiteren vom Gesuch zu erfüllenden Kriterien nicht erfüllt sind. Vielmehr wird in den zitierten Entscheiden davon ausgegangen, dass diese vorliegen. Auch dies ist mit vorliegender Situation nicht vergleichbar. 4.4. Es kann somit als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Abweisung des Gesuches durch die Vorinstanz nicht zu bestehen ist, sofern sich die der Beurteilung zugrunde zu legenden Expertenfragen tatsächlich allesamt als unzulässig erweisen, wie die Vorinstanz erwog (act. 58 E. 4.2). Diesbezüglich bestreitet die Berufungsklägerin sowohl, dass die Fragen zu ungenau seien und der Sachverhaltsausforschung dienen würden (act. 59 S. 15 ff.), als auch, dass Fragen nach dem Vorgehen "lege artis", nach Sorgfaltspflichtverletzungen sowie nach dem natürlichen Kausalzusammenhang Rechtsfragen darstellen würden (act. 59 S. 17 f.). Zudem bringt sie vor, dass die Vorinstanz unzulässige Fragestellungen hätte korrigieren müssen (act. 59 S. 17 und 18). In der Folge ist auf die einzelnen Fragen einzugehen. a) Gemäss der Frage lit. a soll der Experte Ausführungen zu "Anamnese, subjektive Angaben zu Beschwerden, Untersuchungsbefunde und Diagnosen" machen. Dabei bleibt völlig unklar, welche konkreten Tatsachenbehauptungen damit nachgewiesen werden sollen. Die Berufungsklägerin sprach im Gesuch vom 16. Oktober 2015 lediglich von "starke Beschwerden im Magen- / Darmbereich", die bei normaler Ernährung massiv ansteigen würden (act. 1 S. 4), ohne diese näher zu konkretisieren. Auch wird nicht klar, ob sich die Frage auf die aktuellen

- 21 - Beschwerden bezieht oder auf die vor den beiden Operationen vorliegenden. Die Frage lit. f deutet eher auf Ersteres hin, während der Umstand, dass in Frage lit. e nach heute vorliegenden Beschwerden gefragt werden soll, auf das Gegenteil hinweist. Es ist

zwar richtig, dass von einem medizinischen Laien nicht erwartet werden kann, dass er bis ins letzte Detail medizinisch korrekt seinen Gesundheitszustand und sein Beschwerdebild darlegt (vgl. act. 59 S. 15). Hingegen kann sehr wohl erwartet werden, dass ein Gesuchsteller zumindest laienhaft dazutut, an welchen gesundheitlichen Beschwerden er leidet, wobei er diese immerhin so konkret beschreiben muss, dass medizinische Diagnosen gestellt werden können (vgl. OGer ZH, LF140054 vom 3. März 2015 E. 3.8.2). Dies bedeutet nicht, dass die Genauigkeit einer Substantiierung, wie sie in einem allfälligen Hauptverfahren verlangt würde, vorliegen müsste (vgl. act. 59 S. 15). Ferner ist schwer nachvollziehbar, weshalb die Berufungsklägerin allfällige andere Beschwerden als Magen-/Darmbeschwerden nicht hätte vorbringen können sollen (vgl. act. 59 S. 16). Dass ihr allfällige zukünftige Folgen oder die genauen Diagnosen unbekannt sind, ist klar, deren substantiierte Darlegung wird jedoch auch gar nicht verlangt, wäre deren Feststellung doch tatsächlich Sache des Experten. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern es diesen einschränken würde, wenn die Berufungsklägerin die konkreten, von ihr spürbaren Beschwerden auflisten würde (vgl. act. 59 S. 16). Die Berufungsklägerin behauptete somit den der Frage lit. a zugrundeliegenden Sachverhalt, den das Gutachten nachweisen soll, zu wenig substantiiert. Würde die Frage wie beantragt gestellt, würde dies – wie von der Vorinstanz korrekt festgestellt (act. 58 E. 4.2.a) – eine unzulässige Beweisausforschung darstellen. Damit ist die Frage lit. a unzulässig. Eine Umformulierung durch die Vorinstanz wäre mangels genügendem Tatsachenfundament nicht möglich gewesen und ohnehin zu weit gegangen, da es sich um eine völlige Abänderung der beantragten Frage gehandelt hätte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich der Berufungsbeklagte zu dieser Gutachterfrage weder äusserte noch einen Antrag stellte (act. 15 S. 2 und 23). Da jedoch der endgültige Entscheid über die Fragen der

- 22 - Vorinstanz oblag, ist dies nicht weiter von Relevanz; die Vorinstanz konnte diesbezüglich unabhängig von Anträgen der Gegenseite entscheiden. Ob dem Berufungsbeklagten klar war, welche Beschwerden die Berufungsklägerin meinte (vgl. act. 59 S. 15 f.), ist ebenfalls unwichtig, muss dies doch vor allem für das Gericht ersichtlich sein. b) Mit der zweiten und der dritten Frage will die Berufungsklägerin abklären lassen, ob der Berufungsbeklagte die Aufklärungen zu den beiden Operationen sowie die Operationen selbst *lege artis* durchgeführt habe. Die Frage, ob Regeln der ärztlichen Kunst existieren, in welchem Zustand sich der Patient befand und wie der medizinische Eingriff ablief, sind Tatsachenfragen. Ob ein Arzt die Sorgfaltspflicht verletzte, ist hingegen eine Rechtsfrage (BGE 133 III 121 E. 3.1). Die Beantwortung von Rechtsfragen ist nicht Sache des Gutachters (OGer ZH, LF120012 vom 9. Mai 2012 E. 3; ZR 2015 Nr. 70 E. 4.4). Wenn sich die Berufungsklägerin beim Experten erkundigen will, ob der Berufungsbeklagte nach den Regeln der ärztlichen Kunst gehandelt habe, stellt sie folglich eine unzulässige Rechtsfrage (zutreffend daher act. 58 E. 4.2.b). Somit ist zu prüfen, ob die Vorinstanz eine Umformulierung hätte vornehmen müssen. Im Gesuch vom 16. Oktober 2015 legte die Berufungsklägerin teilweise dar, worüber sie vor den Operationen aufgeklärt wurde und was unterlassen wurde (vgl. act. 1 S. 5 und 6 f.). Weiter führte sie gewisse Umstände zu den Operationen aus und erläuterte, dass sie die angewandte Operationstechnik nicht für angemessen halte (act. 1 S. 5 f. und 7). Damit wurde zwar das Tatsachenfundament einigermaßen substantiiert dargelegt. So wie die Fragen lit. b und lit. c formuliert sind, nehmen sie jedoch keinerlei direkten Bezug darauf. Es bleibt daher unklar, was die Berufungsklägerin den Sachverständigen konkreter fragen wollen würde. Denkbar wäre etwa, dass sie sich neben dem Bestehen von medizinischen Berufsregeln nach dem Ablauf

der Operationen erkundigen wollen würde oder nach den dabei festgestellten medizinischen Befunden. Genauso gut könnte sie jedoch auch lediglich danach fragen wollen, wie die Regeln der ärztlichen Kunst lauten. Es war weder Sache der Vorinstanz zu mutmassen, was die Berufungsklägerin den Gutachter hätte fragen wollen, noch ihr allenfalls gar nicht gewünschte Fra-

- 23 - gestellungen aufzudrängen. Die Ausarbeitung von neuen, spezifischeren Fragen aus dem so genau auch wieder nicht dargelegten Sachverhalt durch die Vorinstanz wäre damit zu weit gegangen. c) Das zur Frage lit. d, worin sich die Berufungsklägerin nach einer Sorgfalts- pflichtverletzung durch mangelhafte Nachsorge nach der Operation vom

E. 7

Juli 2016 fristgerecht Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich, wobei sie die eingangs aufgeführten Anträge stellte (act. 59). Mit Verfügung vom 15. August 2016 wurde dem Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um zu einem Teil der Beru-

- 8 - fung eine Berufungsantwort zu erstatten (act. 65). Der Berufungsbeklagte verzich- tete mit Eingabe vom 30. August 2016 auf eine Stellungnahme (act. 67). 4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-56). Das Einholen ei- ner weiteren Berufungsantwort ist nicht erforderlich. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Erwägungen der Vorinstanz Die Vorinstanz befasste sich zunächst mit der Frage, auf welche Version der Rechtsbegehren der Berufungsklägerin abzustellen sei. Sie kam zum Schluss, dass die Berufungsklägerin sowohl die mit Eingabe vom 27. Januar 2016 vorge- nommene detailliertere Umschreibung des Sachverhaltes sowie die Einreichung neuer Beweismittel als auch den mit Eingabe vom 8. April 2016 abgeänderten Fragenkatalog bereits mit ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2015 hätte vorbringen bzw. einreichen können. Die neuen Tatsachenbehauptungen sowie die Gesuchs- änderung seien folglich verspätet erfolgt und damit unbeachtlich, sodass auf das ursprüngliche Rechtsbegehren der Berufungsklägerin abzustellen sei. Die damit beantragten, dem Sachverständigen zu stellenden Fragen seien allesamt unzu- lässig, weil es sich entweder um Rechtsfragen oder um unbestimmte Fragen, welche der Sachverhaltsausforschung dienen würden, handle. Die Vorinstanz verneinte darum das schutzwürdige Interesse der Berufungsklägerin und wies das Gesuch ab (act. 58). 2. Standpunkte der Berufungsklägerin Die Berufungsklägerin macht in der Berufung zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt, indem sie nur auf ihre erste Eingabe abgestellt habe (act. 59 S. 10). Der Beurteilung sei zudem der Fragenka- talog vom 8. April 2016 zugrunde zu legen (act. 59 S. 12). Weiter kritisiert die Be- rufungsklägerin, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihrem Vorbringen auseinan- dergesetzt, wonach eine Gefährdung der Beweismittel vorliege. Auch ist sie der Ansicht, Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO sei falsch angewandt worden (act. 59 S. 10).

- 9 - Ein schutzwürdiges Interesse sei gegeben (act. 59 S. 12); die Gesuchsablehnung wegen Ungeeignetheit der Fragestellung sei unzulässig (act. 59 S. 11 f.). Ohnehin bestreitet die Berufungsklägerin, dass die beantragten Fragen allesamt unzuläs- sig seien (act. 59 S. 15 ff.). Ausserdem macht sie geltend, dass die Vorinstanz ei- ne Korrektur der Fragestellung hätte vornehmen müssen, wenn dies der Fall ge- wesen wäre (act. 59 S. 17 und 18). Schliesslich rügt die Berufungsklägerin die Zusprechung der Parteientschädigung an den Berufungsbeklagten (act. 59 S. 18). Falls sie dennoch zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet würde, sei diese unter dem Vorbehalt einer Rückerstattung entsprechend dem Ausgang des Hauptprozesses zuzusprechen (act. 59 S. 18 f.) und um die

Mehrwertsteuer zu kürzen (act. 59 S. 19). 3. Unrichtige Feststellung des Sachverhalts und Gesuchsänderung

E. 11

Dezember 2010 erkundigen will, gehörende Sachverhaltsfundament beschränkt sich auf den einzigen Satz, der Berufungsbeklagte habe sich nach den Behandlungen nicht mehr um die Berufungsklägerin bemüht (act. 1 S. 7). Dies vermag der Substantiierungspflicht in keiner Weise Genüge zu tun. Sodann handelt es sich wie von der Vorinstanz korrekt festgestellt wiederum um eine unzulässige Rechtsfrage (act. 58 E. 4.2.b). Inwiefern die Berufungsklägerin aus Erwägung fünf des bundesgerichtlichen Entscheids 4A_22/2008 vom 10. April 2008 ableiten will, dass Fragen nach Sorgfaltspflichtverletzungen Tatfragen seien (vgl. act. 59 S. 17), ist nicht ersichtlich, äussert sich das Bundesgericht darin doch zum Beweismass. Aufgrund des gänzlich unsubstantiierten Sachverhaltes konnte die Vorinstanz im Übrigen auch keine Neuformulierung der Frage vornehmen. d) In seiner Antwort zu Frage lit. e soll der Experte darlegen, welche gesundheitlichen Beschwerden die Berufungsklägerin heute habe und welchen Einfluss etwaige Funktionseinschränkungen auf die berufliche Tätigkeit, die Tätigkeit im Haushalt und die Freizeitgestaltung hätten. Hierzu kann weitgehend auf die Ausführungen zur Frage lit. a verwiesen werden (vgl. E. II.4.4.a). Der zugrundeliegende Sachverhalt wurde nicht genügend substantiiert; es wurde lediglich die pauschale Behauptung vorgebracht, die Berufungsklägerin sei in ihrer Erwerbs- und Haushaltstätigkeit eingeschränkt und die frühere Freizeitgestaltung sei nur noch in kleinem Umfang möglich (act. 1 S. 4). Es ist keineswegs ersichtlich, weshalb die Berufungsklägerin nicht spezifischer hätte darlegen können, wie sie konkret eingeschränkt ist. Würde die Frage so wie beantragt an einen Sachverständigen gestellt, würde dies einer Beweisausforschung gleichkommen, womit die Frage unzulässig ist. Eine Umformulierung durch die Vorinstanz wäre mangels genügenden Tatsachenbehauptungen zudem nicht möglich gewesen und ohnehin zu

- 24 - weit gegangen, da es sich um eine völlige Änderung der beantragten Frage gehandelt hätte. e) Die Frage lit. f ist lediglich bei Bejahung mindestens einer der Fragen lit. b, c oder d zu beantworten. Die Berufungsklägerin möchte wissen, ob die gemäss Frage lit. a festgestellten Beschwerden nach den beiden Operationen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit teilweise oder vollständig natürlich kausal zu den Sorgfaltspflichtverletzungen seien. Damit besteht ganz grundsätzlich das Problem, dass aufgrund des Umstandes, dass die Fragen lit. a – d nicht zuzulassen sind, die Frage lit. f in der aktuellen Form nicht beantwortet werden kann. Zudem ist es nicht zulässig, einen Sachverständigen nach dem Zusammenhang zwischen Beschwerden und einer Sorgfaltspflichtverletzung, also einem rechtlichen Konstrukt, zu fragen. Vielmehr hätte sich die Frage auf das Vorgehen des Arztes oder die Operationen etc. beziehen sollen. In Anbetracht dieser Umstände ist die Frage in der beantragten Form weder zulässig noch wäre eine Umformulierung durch die Vorinstanz möglich gewesen, hätte dies doch eine vollständige Abänderung bedeutet. 4.5. Abschliessend ist festzuhalten, dass die Berufungsklägerin der Vorinstanz in ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2015 keine zulässigen an den Sachverständigen zu richtenden Fragen unterbreitete. Eine Umformulierung oder Abänderung der beantragten Fragen durch das Gericht erweist sich als nicht möglich. Folglich fehlte es dem Gesuch vom 16. Oktober 2015 an einer nötigen Voraussetzung, weshalb es unabhängig davon, ob Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt gewesen wäre, nicht hätte gutgeheissen werden können. Entsprechend erweist sich die Berufung in diesem Punkt

als unbegründet und ist abzuweisen. 5. Parteientschädigung im vorinstanzlichen Verfahren
5.1. Die Berufungsklägerin rügt wie erwähnt die Zusprechung einer Parteient- schädigung an den Berufungsbeklagten (act. 59 S. 18). Nicht angefochten oder bemängelt werden hingegen die Höhe und die Auferlegung der Entscheidgebühr. Die entsprechende Anordnung hat folglich bestehen zu bleiben.

- 25 - 5.2. Zur Begründung ihrer Kritik bringt die Berufungsklägerin vor, Art. 106 Abs. 1 ZPO komme im vorliegenden Verfahren nicht zur Anwendung. Eine Parteient- schädigung könne gegebenenfalls bei einer Mitwirkung an der Beweiserhebung der Gegenpartei zugesprochen werden. Der Berufungsbeklagte habe jedoch nicht an der Beweiserhebung mitgewirkt, sondern lediglich das Nichteintreten beantragt und selbst keine Fragen formuliert (act. 59 S. 18). Es ist zutreffend, dass im erstinstanzlichen Verfahren der vorsorglichen Be- weisführung vor Hängigkeit des Hauptprozesses die Kostenverteilung nicht nach dem Unterliegerprinzip gemäss Art. 106 ZPO vorzunehmen ist (BGE 140 III 30 E. 3.4.1). Der Gesuchsgegner hat vielmehr auch bei Gutheissung des Gesuchs Anspruch auf eine Parteientschädigung, ist ihm doch ein Aufwand entstanden (BGE 140 III 30 E. 3.6; BK ZPO-Brönnimann, Art. 158 N 26; ZK ZPO-Fellmann, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 40). Umso mehr muss dies gelten, wenn wie vorliegend das Gesuch abgewiesen wird. Was der Berufungsbeklagte, dem durch das Ver- fassen von Eingaben ein Aufwand entstand, im vorinstanzlichen Verfahren bean- tragte und ob er seinerseits Fragen formulierte oder nicht, ist nicht von Bedeu- tung. Der Vorbehalt einer Rückerstattung entsprechend dem Ausgang des Haupt- prozesses, wie ihn die Berufungsklägerin verlangt (act. 59 S. 18 f.), wurde ferner von der Vorinstanz korrekterweise nicht angebracht, unterlag die Berufungskläge- rin doch zufolge Abweisung ihres Gesuches definitiv. 5.3. In der von der Vorinstanz festgesetzten Parteientschädigung ist die Mehr- wertsteuer enthalten (act. 58 E. 5). Nach Ansicht der Berufungsklägerin ist dies nicht korrekt, da das entsprechende Begehren erst im zweiten Vortrag des Beru- fungsbeklagten gestellt worden sei (act. 59 S. 19). Gemäss dem Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006 wird die Mehrwertsteuer nur dann zur Parteientschädigung hinzuge- schlagen, wenn dies explizit verlangt wird. Somit ist diesbezüglich ein Antrag zu stellen, der Teil des Rechtsbegehrens der entsprechenden Partei bildet. Indem der Berufungsbeklagte einen solchen Antrag erst in seiner zweiten Stellungnahme vom 29. Februar 2016 stellte (vgl. act. 15 und act. 33 S. 2), nahm er eine Ände-

- 26 - rung seines ursprünglichen Begehrens vor. Es stellt sich die Frage, ob diese zu berücksichtigen ist. Unbestritten ist, dass eine Änderung des beklagtischen Rechtsbegehrens sich nicht nach Art. 227/230 ZPO beurteilt (BK ZPO-Killias, Art. 222 N 11; BSK ZPO-Willisegger, 2. Aufl. 2013, Art. 222 N 11 sowie Art. 227 N 17; Eric Pahud, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 227 N 5). Nicht klar ist hingegen, ob eine Änderung jederzeit möglich ist (BK ZPO-Killias, Art. 222 N 11) oder ob sie allen- falls unter die Novenschranke nach Art. 229 ZPO fällt (Eric Pahud, DIKE-Komm- ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 227 N 5; vgl. auch Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivil- prozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 10 N 43) oder sich nach Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO beurteilt (BSK ZPO-Willisegger, 2. Aufl. 2013, Art. 227 N 17). Da einem beklagtischen Antrag auf Parteientschädigung anders als dem Rechtsbegehren der beklagten Partei in der Hauptsache eine selbständi- ge Bedeutung zukommt (Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010, § 33 N 81 f.), erscheint es sachgerecht, eine Abänderung nicht unbeschränkt zuzulassen. Vielmehr ist in Analogie zu den

Voraussetzungen für eine Klageänderung zu verlangen, dass sie sich nach Eintreten der Novenschanke auf neue Tatsachen oder Beweismittel im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO abstützen muss, andernfalls sie nicht mehr zuzulassen ist. Da vorliegend weder behauptet wurde noch ersichtlich ist, dass die Beantragung der Mehrwertsteuer auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht, hat sie unberücksichtigt zu bleiben. Die von der Vorinstanz festgelegte Entschädigung, die hinsichtlich ihrer Höhe nicht kritisiert wird, ist folglich um die Mehrwertsteuer zu kürzen, womit eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– resultiert. III. 1. Ausgangsgemäss wird die zum grössten Teil unterliegende Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist damit unter Berücksichtigung des Streitwertes von Fr. 39'000.– (vgl. act. 8) in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12

- 27 - Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'800.– festzusetzen und der Berufungsklägerin aufzuerlegen. 2. Eine Parteientschädigung ist dem Berufungsbeklagten mangels Antrags (vgl. ZK ZPO-Suter/von Holzen, 3. Aufl. 2016, Art. 95 N 30) keine zuzusprechen. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Juni 2016 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen." Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Juni 2016 bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt. 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung, je gegen Empfangsschein, an: – die Berufungsklägerin, unter Beilage des Doppels von act. 67, – den Berufungsbeklagten, unter Beilage des Doppels von act. 59 in vollständiger Form, – das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich, – die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 28 - 6. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 39'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw C. Funck versandt am:

E. 16

September 2016

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.