

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110048-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. St. Mazan
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

Urteil vom 29. November 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Auflösung Einfache Gesellschaft (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung,
vom 15. August 2011 (CG100216)**

Rechtsbegehren:

"Es sei der Beklagten unter Androhung geeigneter Rechtsnachteile (Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB) zu verbieten, einen Hund in die Gemeinschaftspraxis der Parteien mitzunehmen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 15. August 2011
(Urk. 2 S. 6):**

1. Das klägerische Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
3. (Mitteilung)
4. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

"Dispositiv-Ziff. 1 des Beschlusses vom 15. August 2011 des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, (Geschäfts-Nr. CG100216-L/Z06) sei aufzuheben und es sei der Beklagten/Berufungsbeklagten unter Androhung geeigneter Rechtsnachteile (Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB) zu verbieten, einen Hund in die Gemeinschaftspraxis mitzunehmen;
eventualiter: die Sache sei an das Bezirksgericht zurückzuweisen; alles unter den gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 7 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zum Satz von 8% zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen seit dem 30. November 2010 vor Vorinstanz in einem Verfahren betreffend Auflösung ihrer einfachen Gesellschaft. Mit Eingabe vom 16. Juni 2011 beantragte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger), der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Androhung geeigneter Rechtsnachteile zu verbieten, einen Hund in die Gemeinschaftspraxis der Parteien mitzunehmen (Vi-Urk. 18). Mit Zirkulationsbeschluss vom 15. August 2011 wies die Vorinstanz das klägerische Massnahmebegehren ab (Urk. 2 S. 6).
2. Am 26. August 2011 erhob der Kläger gegen diesen Beschluss rechtzeitig (vgl. Vi-Urk. 33/1) Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 1 S. 2).
3. Mit Verfügung vom 14. September 2011 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 2'000.– zu leisten. Am 22. September 2011 leistete der Kläger diesen Vorschuss rechtzeitig (Urk. 5).
4. Am 17. Oktober 2011 erstattete die Beklagte Berufungsantwort mit vorstehend wiedergegebenem Antrag (Urk. 7 S. 2).
5. Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Parteivorbringen ist in der Folge insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind.

II.

1. Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der be-

troffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Das vorinstanzliche Verfahren wurde vor Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig gemacht. Es richtet sich demnach weiterhin nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO (ZPO/ZH). Für die gegen den Entscheid vom 15. August 2011 zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gilt dagegen das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO) und damit vorliegend die Schweizerische Zivilprozessordnung. Dass das vor Vorinstanz nach wie vor hängige Verfahren nach altem Recht zu Ende zu führen ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO), ändert daran nichts (ZR 110/2011 Nr. 32). Gleichviel welchen Regeln das Verfahren in der zweiten Instanz folgt, ist das Rechtsmittel daraufhin zu prüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden (alten) Normen richtig anwandte. Solange das eidgenössische Verfahrensrecht noch nicht zur Anwendung kommt, gilt dies auch für dessen kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010). Diesbezüglich gelten demnach weiterhin die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich (GVG/ZH).

2. Hinsichtlich der Vorschriften im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen - insbesondere auch seiner summarischen Natur - kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 4 Ziff. 2; § 161 GVG/ZH).

3.1. Die Vorinstanz wies das klägerische Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wegen fehlender Dringlichkeit ab. Die Parteien hätten die Praxisgemeinschaft bereits seit mehreren Jahren geführt, wobei die Beklagte ihren Hund gemäss Ausführungen des Klägers bereits von Anfang an in die Praxis mitgenommen habe und er sie seither praktisch jede Woche auf das Problem angesprochen habe. Der Kläger mache weder glaubhaft, noch sei sonst ersichtlich, dass er das Begehren nicht vernünftigerweise bereits früher hätte geltend machen können. Deshalb folge bereits aus den Behauptungen des Klägers selbst, dass die Präsenz des Hundes erst im Zusammenhang mit anderen zwischen den Parteien bestehenden Reibungsflächen als nicht mehr hinnehmbar empfunden wor-

den sei, woraus sich noch lange keine Dringlichkeit für das vorliegende Massnahmebegehren ergebe (Urk. 2 S. 4 f.).

3.2. Der Kläger macht geltend, er habe lange auf die Einsicht der Beklagten gehofft und daher, nicht zuletzt um die ursprünglich erhoffte Partnerschaft nicht zu gefährden, mit rechtlichen Schritten zugewartet. Bis zur Referentenaudienz habe er geglaubt, die Anwesenheit des Hundes lasse sich ohne zusätzliche rechtliche Schritte bereinigen, genau so, wie die Beklagte auch das Abbrennen von Räucherstäbchen schliesslich von sich aus eingestellt habe. Deshalb könne von einem stillschweigenden Tolerieren der Hundeanwesenheit seinerseits nicht die Rede sein. Ausserdem habe er in seinem Massnahmebegehren das Gefährdungspotential durch Hundepräsenz dargetan. Selbige könne nicht mit dem Hinweis, der Kläger habe das Massnahmebegehren zu spät gestellt, unberücksichtigt bleiben. Zudem habe die erfolglose Referentenaudienz aufgezeigt, dass sich der Prozess, entgegen der ursprünglichen Hoffnungen des Klägers, noch über längere Zeit hinziehen werde. Die konkrete Gefahr, dass in Zukunft jederzeit und spontan Allergien bei Patienten oder beim Personal auftreten könnten, bestehe während der gesamten Prozessdauer weiter. Die Dringlichkeit sei so lange zu bejahen, als die Beklagte nicht freiwillig darauf verzichte, den Hund weiter in die Praxis mitzunehmen. Dass diese dazu nicht bereit sei, sei hinlänglich dokumentiert und manifestiere sich beispielsweise auch in der Tatsache, dass die Beklagte den Hund sogar trotz eines konkreten Hinweises auf einen Allergiker in die Praxis mitgenommen habe. Ausserdem sei unberücksichtigt geblieben, dass den Kläger der Vorwurf der Mitverantwortung treffen könnte, wenn er nicht mit allen Mitteln versuchen würde, den Hund von den gemeinsamen Praxisräumlichkeiten fernzuhalten. Weiter führt der Kläger aus, ein Gefährdungspotential verliere seine Gefährlichkeit durch das Andauern nicht, sondern bleibe bis zur Beseitigung bestehen, weshalb die Dringlichkeit bis zur Beseitigung gegeben sei. Ausserdem verlange der Wortlaut von § 110 Abs. 1 ZPO/ZH gar keine derartige Dringlichkeit, weshalb der Entscheid der Vorinstanz auf einer unrichtigen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 309 lit. a ZPO beruhe. Des Weiteren habe die Vorinstanz den Sachverhalt nicht richtig bzw. unvollständig festgestellt, da sie zu Phobien von Patienten

und Personal oder zur Gefahr und Auswirkung von Allergien nicht Stellung genommen habe (Urk. 1 S. 3 f.).

3.3. Die Beklagte führt aus, die Präsenz des Hundes sei bis ins Frühjahr 2010 vom Kläger und dessen Personal widerspruchslos toleriert worden, schliesslich habe der Kläger zu Beginn der Zusammenarbeit in die Präsenz des Hundes eingewilligt gehabt. Das vom Kläger behauptete Gefährdungspotential sei gesucht, da sich der Hund zu keiner Zeit in den Räumlichkeiten des Klägers aufhalte, schon gar nicht in dessen Untersuchungszimmer. Aufgrund der Tatsache, dass mit der Stellung des Massnahmebegehrens über vier Jahre zugewartet worden sei, fehle es an der erforderlichen Dringlichkeit. Der Kläger habe erst mit der Zuspitzung der Auseinandersetzungen mit der Beklagten geglaubt, mit dem Hund ein probates Argument und Druckmittel zu haben (Urk. 7 S. 2).

4.1. Bezüglich der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss § 110 ZPO/ZH kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 4 Ziff. 2; § 161 GVG/ZH). Soweit der Kläger geltend macht, der Wortlaut von § 110 Abs. 1 ZPO/ZH verlange gar keine derartige Dringlichkeit, weshalb der Entscheid der Vorinstanz auf einer unrichtigen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 309 lit. a ZPO beruhe, ist ihm entgegenzuhalten, dass die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zumindest eine gewisse Dringlichkeit notwendigerweise voraussetzt. Schliesslich soll mit diesem Institut Situationen begegnet werden, in welchen durch das *Zuwarten* bis zum Endentscheid bzw. bis zur Rechtskraft desselben die Gefahr eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils für eine Partei entsteht. Daraus folgt, dass die Massnahme dringlich sein muss, ansonsten die entsprechende Frage im Endentscheid geklärt werden könnte. Gestützt wird dies ausserdem durch den Wortlaut von § 110 Abs. 2 ZPO/ZH, welcher für die Anordnung von superprovisorischen Anordnungen eine *besondere* Dringlichkeit voraussetzt, was impliziert, dass auch in Absatz 1 dieser Bestimmung eine Dringlichkeit erforderlich ist.

4.2.1. Die gemeinsame Praxistätigkeit der Parteien dauert nunmehr seit rund fünfzehn Jahren an (Vi-Urk. 4/1 und 4/2). Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Beklagte ihren Hund von Beginn an mehr oder weniger regelmässig mit

in die Praxis genommen hat. Uneinigkeit besteht hingegen über die Frage, von wann an der Kläger die Anwesenheit des Hundes moniert hat. Während sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, das Mitbringen ihres Hundes sei erst ab Frühling 2010 ein Thema gewesen (Urk. 7 S. 2), behauptet der Kläger, er habe die Beklagte von Anfang an praktisch wöchentlich darauf angesprochen (Urk. 1 S. 3 f.).

Das Massnahmebegehren des Klägers datiert vom 16. Juni 2011 (Vi-Urk. 18). Mithin hat er während rund fünf Jahren keine rechtlichen Schritte unternommen. Grundsätzlich kann dem Kläger nicht negativ angelastet werden, dass er zunächst zugewartet und versucht hat, eine aussergerichtliche Lösung zu finden. Dieses Vorgehen ist auch bei Problemen, deren Beseitigung an sich dringlich ist, vor allem auch unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie nicht zu beanstanden und kann unter Umständen rascher zum gewünschten Resultat führen als prozessuale Massnahmen. Spätestens mit dem negativen Ergebnis der Sühnverhandlung vom 15. Juli 2010 (Vi-Urk. 1) hätte dem Kläger jedoch klar sein müssen, dass eine aussergerichtliche Einigung wohl nicht möglich sein würde. Er wartete aber weiter zu, erhob am 30. November 2010 bei der Vorinstanz Klage auf Auflösung der einfachen Gesellschaft (Vi-Urk. 2) und liess nach der gescheiterten vorinstanzlichen Referentenaudienz vom 18. Mai 2011 (Prot. I S. 5) einen weiteren Monat verstreichen, bevor er schliesslich am 16. Juni 2011 ein Begehren um Erlass der erwähnten vorsorglichen Massnahme stellte (Vi-Urk. 18). Der Umstand, dass der Kläger einerseits während rund vier Jahren nichts weiter gegen den seiner Ansicht nach akuten Gefährdungszustand unternommen hat, als die Beklagte mündlich zu ermahnen, und andererseits auch nach Einleitung der Klage trotz wiederholter deutlicher Hinweise darauf, dass eine aussergerichtliche Einigung wohl nicht möglich sein würde, beinahe ein weiteres Jahr zugewartet hat, bis er schliesslich ein Massnahmebegehren stellte, bewirkt zwar nicht, dass die Dringlichkeit seines Anliegens per se ausgeschlossen ist, erhöht jedoch die Anforderungen an die Glaubhaftmachung derselben.

4.2.2. Der Kläger behauptet vorliegend, dass es während der gemeinsamen Praxistätigkeit der Parteien einen Fall einer allergischen Reaktion eines Patienten

gegeben haben soll. Über die genauen Einzelheiten schweigt er sich jedoch aus. Insbesondere ist alleine mit dieser nicht weiter substantiierten oder belegten Behauptung nicht glaubhaft gemacht, dass ein solcher Fall tatsächlich eingetreten ist. Ebenso wenig lässt sich ausschliessen, dass eine solche allergische Reaktion - sollte denn eine solche stattgefunden haben - wegen anderer Auslöser wie beispielsweise Medikamenten, Staub oder Zimmerpflanzen zustande gekommen ist.

4.2.3. Weiter macht der Kläger geltend, die Vorinstanz habe sich nicht mit den von ihm behaupteten Phobien von Patienten und Mitarbeitern auseinandergesetzt. Dazu komme, dass sich viele Menschen auch ohne Phobien in der Anwesenheit von Hunden schlicht nicht wohlfühlen würden. Eine seiner Patientinnen habe sich diesbezüglich bei ihm beschwert (Vi-Urk. 18 S. 4). Vor Vorinstanz reichte der Kläger ein Schreiben eines Patienten ein, worin dieser festhält, er halte die Gegenwart eines Hundes in einer Zahnarztpraxis aus hygienischen Gründen für sehr bedenklich und fühle sich dabei sehr unwohl (Vi-Urk. 19/6).

Den Akten lässt sich kein Hinweis auf einen konkreten Fall entnehmen, in welchem ein Mitarbeiter oder ein Patient des Klägers unter einer Phobie vor Hunden im Allgemeinen und vor dem Hund der Beklagten im Speziellen gelitten hätte und aufgrund dessen irgendwie geartete Probleme aufgetreten wären. Der Kläger führt viel mehr ganz allgemein aus, dass viele Menschen Phobien vor Tieren hätten. Eine akute Gefährdung von Patienten oder Mitarbeitern durch allfällige Phobien wird somit nicht glaubhaft gemacht. Die bloss theoretische Möglichkeit des Auftretens einer solchen Phobie reicht nicht aus. Hinzu kommt, dass der Hund sich unbestrittenermassen im Büro der Beklagten aufhält, weshalb sich seine Präsenz im Patientenbereich auf ein Minimum - beim Betreten und Verlassen der Praxis - beschränkt. Ein blosses Unwohlsein eines Patienten kann ebenfalls nicht als akute und vor allem massnahmebedürftige Gefährdung eingestuft werden.

4.2.4. Zwar sind die hygienischen Bedenken des Klägers sicherlich nicht völlig unbegründet, wie auch seine Sorge, dass sich Patienten allenfalls vor dem Hund der Beklagten ängstigen oder dessen Anwesenheit als unangenehm empfinden könnten. Auch ein gewisses Risiko, dass jemand in der Praxis auf den Hund allergisch reagieren könnte, kann nicht von der Hand gewiesen werden.

Ebenso ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass es schwer nachzuvollziehen ist, was ein Hund in einer Zahnarztpraxis zu suchen hat. Indes ist die vom Kläger geltend gemachte akute Gefährdung, deren Beseitigung als dringlich eingestuft werden müsse, nicht ausreichend glaubhaft gemacht worden, weshalb die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht in Betracht kommt. Aus diesem Grund ist die Berufung abzuweisen.

4.3. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass vorsorgliche Massnahmen helfen sollen, die Durchsetzung des Hauptanspruchs, der Gegenstand des ordentlichen Prozesses sein wird, zu schützen. Damit ist der vorsorgliche Rechtsschutz notwendigerweise auf den Hauptanspruch bezogen (Johann Jakob Zürcher, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Diss., Zürich 1998, S. 130). Das Massnahmebegehren muss durch das Hauptbegehren gedeckt sein (Zürcher, a.a.O., S. 254). Es geht nicht an, dem Kläger - und sei es auch nur provisorisch - mehr oder anderes zuzusprechen, als ihm nach dem materiellen Bundesrecht zusteht (Isaak Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 270). Der Massnahmerichter hat seine Anordnungen am materiellen Anspruch, für den definitiver Rechtsschutz verlangt wird, und nicht allein am wirtschaftlichen Ziel der Klage auszurichten (vgl. Meier, a.a.O., S. 32). Unzulässig ist etwa die Beschlagnahme von Sachen, falls der Kläger keinen Herausgabeanspruch geltend macht und die Beschlagnahme nicht auch im definitiven Rechtsschutz in Frage kommt (Meier, a.a.O., S. 33).

Die vorliegende Berufung wäre demnach auch schon deshalb abzuweisen, weil die Hauptklage auf Auflösung der einfachen Gesellschaft lautet und in keiner Weise geltend gemacht wurde, inwiefern die An- oder Abwesenheit des Hundes damit in Zusammenhang stehen soll.

III.

1. Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich als nicht sehr aufwändig. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich daher übers Ganze gesehen – in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) – eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 2'000.–.
2. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Kläger unterliegt im Berufungsverfahren vollständig, weshalb die Kosten ihm aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen sind.
3. Ausgangsgemäss ist der Kläger zudem zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen. Diese ist gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung auf Fr. 1'000.– zuzüglich Fr. 80.– (8 % Mehrwertsteuer; vgl. Urk. 1 S. 2) festzulegen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Kläger und Berufungskläger wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'080.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

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 nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 29. November 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. S. Subotic

versandt am:
mc