



Kass.-Nr. AA050009/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Sitzungsbeschluss vom 05. Dezember 2005

in Sachen

K,

...,

Klägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Spital X,

...,

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Haftung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Dezember 2004 (LB030101/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Der Beklagte (Beschwerdegegner) ist ein Zweckverband im Sinne von § 7 Abs. 1 des Gemeindegesetzes, gebildet aus zehn zürcherischen Gemeinden, mit eigener Rechtspersönlichkeit. Er betreibt das gleichnamige Spital X in S.

Die Klägerin (Beschwerdeführerin) stürzte am 21. April 1990 beim Fitnesstraining auf dem Laufband und zog sich einen Oberarmbruch (Zweikomponenten-Fraktur des proximalen Humerusendes rechts zu). Im Spital X wurde die Schulter der Klägerin in Narkose repositioniert. Tags darauf erfolgte eine offene Reposition und Plattenosteosynthese und damit eine erste Operation. Die Klägerin erholte sich rasch von der Operation und konnte am 3. Mai 1990 entlassen werden. Die Nachbehandlung, unter anderem Physiotherapie und verschiedene Nachkontrollen, erfolgte ebenfalls im Spital X. Am 21. August 1990, anlässlich einer Röntgenkontrolle, hielt der Röntgenologe fest, es bestehe Verdacht auf Ausriss der eingesetzten Platte, der Befund könne jedoch nicht mit Sicherheit gestellt werden. In der Folge fanden während längerer Zeit keine weiteren Kontrollen mehr statt. Über die Gründe hiefür sind sich die Parteien uneins: Die Klägerin hält dafür, die Ärzte des Spitals X hätten die Behandlung trotz Fortdauer der physikalischen Therapie als abgeschlossen betrachtet. Der Beklagte macht geltend, man habe der Klägerin die Metallentfernung angeraten, worauf diese jedoch infolge privater und beruflicher Anspannung nicht eingegangen sei.

In den kommenden Monaten verspürte die Klägerin keine besonderen Beschwerden. Erst im Herbst 1991 verschlechterte sich der Zustand ihres Armes, was sie veranlasste, sich im November 1991 wieder beim Spital X zu melden. Der untersuchende Arzt, Dr. med. R, der bereits die ursprüngliche Operation durchführte, stellte eine deutliche Lockerung des Osteosynthesematerials und eine Dislokation des distalen Fragments fest; überdies vermutete er das Vorliegen einer Pseudoarthrose. Er schlug die Entfernung des Osteosynthesematerials vor, was am 6.

Dezember 1991 geschah (2. Operation). Ob der Klägerin noch weitere Therapien und/oder Eingriffe vorgeschlagen worden seien, ist umstritten.

Es kam zu keinen weiteren Kontrollen im Spital X. Jedoch erfolgten weitere Abklärungen und eine durch den Unfallversicherer der Klägerin veranlasste Begutachtung durch Dr. med. N (Spezialarzt für orthopädische Chirurgie mit Praxis in Zürich). Dieser diagnostizierte eine atrophische Pseudoarthrose nach subcapitaler Humerusfraktur und Plattenosteosynthese und schlug eine neue operative Intervention vor. Am 14. Juni 1993 wurde der Klägerin in der Klinik Hirslanden eine Humeruskopf-Prothese (Schulter-Prothese) eingesetzt. Die Beweglichkeit der rechten Schulter blieb auch nach dieser dritten Operation erheblich eingeschränkt.

b) Die Klägerin macht den Beklagten für die verbliebenen Beschwerden verantwortlich. Nachdem der Beklagte die Schadenersatzforderung der Klägerin vorprozessual abgelehnt hatte - er hält die eingetretene Entwicklung für schicksalhaft -, erhob die Klägerin mit Eingabe vom 26. April 1996 beim Bezirksgericht Zürich Klage mit dem Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag nach richterlichem Ermessen, mindestens Fr. 100'000.-- zu bezahlen (BG act. 1). Das Bezirksgericht (8. Abteilung) beschränkte mit Beschluss vom 30. August 1996 das Prozessthema einstweilen auf die Frage, ob eine Haftung des Beklagten dem Grundsatz nach gegeben sei (BG act. 13). Nach Durchführung eines umfangreichen Beweisverfahrens wies das Bezirksgericht die Klage ab (BG act. 93 = OG act. 97). Dagegen erhob die Klägerin Berufung beim Obergericht (OG act. 98).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) ergänzte das Beweisverfahren durch Einvernahme von drei Ärzten, den Dres. med. R und M (OG Prot. S. 18 ff.) sowie Martin J (rechtshilfeweise durch das Gerichtspräsidium Schwarzenburg-Seftigen, Belp, OG act. 136D), als Zeugen.

Mit Vor-Urteil und Rückweisungsbeschluss vom 7. Juli 2000 stellte das Obergericht fest, dass der Beklagte bezüglich der Folgen der Operation vom 22. April 1990 im Sinne von § 6 Abs. 1 des zürcherischen Haftungsgesetzes grundsätzlich

schadenersatzpflichtig sei. Es hob den prozessleitenden Beschluss des Bezirksgerichts vom 30. August 1996 bezüglich der Beschränkung des Prozessthemas auf die Frage der grundsätzlichen Schadenersatzpflicht sowie das Urteil des Bezirksgerichts vom 16. September 1999 auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an das Bezirksgericht zurück (OG act. 138).

Das Kassationsgericht wies eine vom Beklagten gegen das Vor-Urteil und den Rückweisungsbeschluss erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit Beschluss vom 18. Juli 2001 ab (OG act. 144).

c) Das Bezirksgericht holte in der Folge eine ergänzende Klageantwort, eine ergänzende Replik und eine ergänzende Duplik ein und führte sodann ein Beweisverfahren durch. Mit Urteil vom 29. Oktober 2003 wies das Bezirksgericht die Klage erneut ab (BG act. 216 = OG act. 221). Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin Berufung (OG act. 221).

Das Obergericht ordnete mit Beschluss vom 30. Juni 2004 eine Ergänzung des Gutachtens von Professor Dr. Mo an (OG act. 250). Diese Ergänzung erstattete der Gutachter am 13. September 2004 schriftlich (OG act. 255). Beide Parteien nahmen hierzu Stellung (OG act. 261 und 263). Mit Urteil vom 3. Dezember 2004 wies das Obergericht die Klage ebenfalls ab. Es auferlegte der Klägerin die erstinstanzlichen Kosten und diejenigen des zweiten Berufungsverfahrens und verpflichtete sie, dem Beklagten für die genannten Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 84'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen (OG act. 269 = KG act. 2). Gegen dieses Urteil führt die Klägerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1).

2. Die Klägerin beantragt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, das obergerichtliche Urteil sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Beklagte für alle Folgen der Operation vom 22. April 1990 verantwortlich sei und der Klägerin den daraus entstandenen Schaden vollumfänglich zu bezahlen habe, eventualiter seien die Kosten und Entschädigungen der vorinstanzlichen Verfahren dem Beklagten aufzuerlegen (KG act. 1). Der Beklagte beantragt vollumfängliche Abweisung der

Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf diese einzutreten sei (KG act. 19). das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 18).

Der Vizepräsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung (Verfügung vom 25. Januar 2005, KG act. 5, Dispositiv Ziffer 2).

Die Klägerin zog ihr ursprüngliches Gesuch, es sei ihr für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (KG act. 1 S. 3 oben), mit Eingabe vom 3. Februar 2005 zurück (KG act. 11). Der Präsident des Kassationsgerichts auferlegte ihr in der Folge, mit Verfügung vom 7. Februar 2005, eine Prozesskaution von Fr. 16'000.-- (KG act. 12). Diese leistete die Stiftung für Versicherungsoffer für die Klägerin fristgerecht (KG act. 14).

II.

1. Wie bereits in der Prozessgeschichte ausgeführt, stellte das Obergericht mit Vor-Urteil vom 7. Juli 2000 fest, dass der Beschwerdegegner bezüglich der Folgen der Operation vom 22. April 1990 im Sinne von § 6 Abs. 1 Haftungsgesetz grundsätzlich schadenersatzpflichtig sei. Mit Beschluss vom gleichen Tag hob es das erstinstanzliche Urteil vom 16. September 1999 auf und wies den Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht zurück (OG act. 138). Im Rückweisungsentscheid bejahte das Obergericht den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen Behandlung und Komplikation und hält fest: *„An dieser Betrachtungsweise ändert der Umstand nichts, dass die Klägerin auch nach optimalem Heilungsverlauf mit gewissen körperlichen Einschränkungen hätte rechnen müssen. Es ist dies keine Frage, die den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen ärztlichem Eingriff und Erfolg beschlägt, sondern gegebenenfalls dereinst im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen sein wird.“* (OG act. 138 S. 10 f.).

Das Bezirksgericht hält nach Durchführung des Beweisverfahrens und insbesondere auf Grund des eingeholten Gutachtens von Professor Dr. Mo fest, es sei dem Beschwerdegegner der Beweis dafür gelungen, dass die Pseudoarthrose mit hoher Wahrscheinlichkeit keine Folge der bei der Beschwerdeführerin durchgeführten Operation, sondern eine direkte Folge des Unfalls selber und damit der konstitutionellen Prädisposition der Beschwerdeführerin sei. Die Pseudoarthrose habe sich nach dem Unfall primär schicksalhaft entwickelt, weder die Behandlung in einem andern Spital noch eine Änderung in der Nachbehandlung oder eine Re-Operation hätte den schlechten Ausgang der Fraktur und deren Behandlung verhindern können. Damit stehe fest, dass der Sturz vom Laufband am 21. April 1990 bei der Beschwerdeführerin auf jeden Fall einen erheblichen Körperschaden bzw. eine wesentliche körperliche Beeinträchtigung hinterlassen hätte. Der geltend gemachte Schaden könne dem Beschwerdegegner daher nicht zugerechnet werden. Damit sei die Klage auf Schadenersatz abzuweisen (OG act. 221 S. 16 f. Erw. III/9).

Das Obergericht holte im Lauf des Berufungsverfahrens ein Ergänzungsgutachten bei Professor Mo ein (OG act. 255). Im angefochtenen Urteil setzt sich das Obergericht eingehend mit den Gutachten auseinander, insbesondere auch mit der Feststellung von Professor Mo, dass auch bei Anwendung einer alternativen Behandlungsmethode mit Spickdrahtfixation kein besseres Resultat hätte erwartet werden können (OG act. 255 S. 5). Abschliessend hält das Obergericht fest, dass keine ärztliche Therapie ersichtlich sei, die im Falle der Beschwerdeführerin den Heilverlauf zum Besseren hätte wenden können. Anlass zu Schadenersatz bei Missachtung der ärztlichen Aufklärungspflicht könnte nur der Umstand bieten, dass dann, wenn der aufgeklärte Patient sich für eine andere Therapie entschieden hätte, aus Sicht der ärztlichen Wissenschaft für diesen Patienten mit einer gewissen – wenn auch möglicherweise nur geringen - Wahrscheinlichkeit Aus-sichten auf einen besseren Heilerfolg bestanden hätten. Diese Voraussetzung sei indessen im Fall der Beschwerdeführerin auf Grund der Darlegungen des Gut-achters auszuschliessen. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, dass im Behandlungszeitraum keine ärztliche Therapie bekannt gewesen sei, von der man

ein besseres Ergebnis hätte erwarten können. Damit sei aber der Schadenersatzforderung der Beschwerdeführerin der Boden entzogen. Nicht nur sei der Beschwerdeführerin durch das Vorgehen der Ärzte des Beschwerdegegners kein Schaden im Rechtssinne erwachsen, sondern es habe auch keinen medizinischen Schaden gegeben, den die Beschwerdeführerin nicht ohnehin hätte tragen müssen. Die Schadenersatzklage sei abzuweisen (KG act. 2 S. 26 Erw III/6).

2. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von § 104a GVG, wonach bei Rückweisungen die untere Instanz und, bei erneuter Befassung mit dem Fall, die rückweisende Instanz an die Rechtsauffassung gebunden sei, welche dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liege. Sie verweist auf die oben wiedergegebene Erwägung des Obergerichts im Vor-Urteil und Rückweisungsbeschluss vom 7. Juli 2000, wonach der Umstand, dass die Beschwerdeführerin auch nach optimalem Heilungsverlauf mit gewissen körperlichen Einschränkungen habe rechnen müssen, „*gegebenenfalls im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen sein wird*“ (OG act. 138 S. 10 f.). Sowohl das Bezirksgericht wie das Obergericht hätten die damit zusammenhängenden Fragen entgegen der Anordnung im Rückweisungsentscheid unter dem Rechtsbegriff der Schadensberechnung und nicht demjenigen der Schadenersatzbemessung geprüft (KG act. 1 S. 7 - 14 Ziffern 10 - 18).

Betrachtet man lediglich den von der Beschwerdeführerin herausgezogenen Satz im Vor-Urteil und Rückweisungsbeschluss, könnte man auf den ersten Blick vermuten, das Obergericht unterstelle die Frage nach den körperlichen Einschränkungen, welche die Beschwerdeführerin auch bei optimalem Heilungsverlauf zu tragen habe, lediglich der Schadenersatzbemessung und nicht auch der Schadensberechnung. Dem steht jedoch entgegen, dass das Obergericht in Erwägung IV Ziffer 2 des Vor-Urteils und Rückweisungsbeschlusses festhält, das Bezirksgericht werde nach der Rückweisung dem Beschwerdegegner Frist anzusetzen haben, um die Klageantwort zu ergänzen. Alsdann würden die Parteien zum vollständigen Prozessthema (ohne Frage der entschiedenen grundsätzlichen Haftbarkeit) Replik und Duplik zu erstatten haben. Sie würden sich in diesem Zusammenhang nicht nur zur Schadensberechnung, sondern auch zur Schadenersatz-

bemessung zu äussern haben (OG act. 138 S. 22 f.). Das Obergericht bezeichnete somit ausdrücklich den Teil des Prozessstoffs, zu dem sich die Parteien nach der Rückweisung nicht mehr zu äussern hätten – die Frage der grundsätzlichen Haftbarkeit - und hält im übrigen fest, die Parteien hätten sich zum vollständigen Prozessthema zu äussern. Teil des vollständigen Prozessthemas ist auch, ob der Beschwerdeführerin durch die Behandlung bzw. die ungenügende Patientenaufklärung seitens der Ärzte der Beschwerdeführerin ein rechtlich relevanter Schaden entstanden sei und wie gross dieser sei, also die Frage der Schadensberechnung. Im übrigen handelte das Obergericht im Vor-Urteil und Rückweisungsbeschluss die Unterscheidung zwischen Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung nicht weiter ab. Insbesondere begründet es dort nicht, weshalb im vorliegenden Fall entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur (BGE 123 III 114 E 3c, BGE 113 II 86 E 1b; Karl Oftinger / Emil W. Stark, Schweizerisches. Teil, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995, S. 401), auf welche es im heute angefochtenen Urteil verweist (KG act. 2 S. 15), die konstitutionelle Prädisposition nicht auch eine Frage der Schadensberechnung sein soll. Vorliegend handelt es sich allerdings um einen Fall der Anwendung des kantonalen Haftungsgesetzes (LS 170.1). Dieses sieht jedoch die ergänzende Anwendung der Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts vor (§ 29 Haftungsgesetz).

Aus der etwas verkürzt und damit auf den ersten Blick missverständlichen Formulierung im Vor-Urteil und Rückweisungsbeschluss vom 7. Juli 2000, wonach der Umstand, dass die Beschwerdeführerin auch nach optimalem Heilungsverlauf mit gewissen körperlichen Einschränkungen habe rechnen müssen, gegebenenfalls im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen sei, ist somit nicht abzuleiten, dieser Umstand sei bei der Schadenberechnung ausser Acht zu lassen. Das Bezirksgericht und das Obergericht haben in diesem Zusammenhang nicht gegen den Grundsatz der Bindung an die dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegende Rechtsauffassung verstossen. Die entsprechende Rüge ist unbegründet.

3. Das Obergericht formuliert im Zusammenhang mit der Schadensberechnung zwei Fragen (KG act. 2 S. 16. Erw. III/2b):

- Wären die wirtschaftlichen Folgen des Unfalls für die Beschwerdeführerin geringer gewesen, wenn sie sich auf die ordnungsgemässe ärztliche Aufklärung hin für eine alternative Therapieart entschieden hätte, wobei angenommen werden müsste, diese alternative Therapieart wäre im Rahmen der einigermaßen wahrscheinlichen Erwartungen erfolgreich gewesen?
- Wäre mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit von einem besseren Behandlungserfolg auszugehen, wenn die Beschwerdeführerin sich auf ordnungsgemässe ärztliche Aufklärung hin in die Behandlung einer Spezialklinik begeben hätte?

Letztlich verneint das Obergericht beide Fragen, im Wesentlichen gestützt auf die Gutachten von Professor Dr. Mo, und schliesst, es sei der Beschwerdeführerin kein Schaden im Rechtssinne erwachsen, und es habe auch keinen medizinischen Schaden gegeben, den sie nicht ohnehin hätte tragen müssen (KG act. 2 S. 26 f. Erw. III/6).

Die Beschwerdeführerin rügt ausdrücklich nicht die Beweiswürdigung und die Gutachten von Professor Mo als willkürlich. Sie hält jedoch dafür, die Frage, ob der Schaden auch ohne das schädigende Ereignis, d.h. hier die erste Operation, eingetreten wäre, hätte im Rahmen der Haftung für mangelnde Aufklärung gar nicht geprüft werden dürfen, weil die ärztliche Sorgfaltspflicht dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts und der körperlichen Integrität des Patienten diene. Er verweist hierzu unter anderem auf Heinz Hausheer (Unsorgfältige ärztliche Behandlung, in Münch-Geiser, Schaden-Haftung-Versicherung, 15.78), welcher ausführt, eine unzureichende Aufklärung führe zu einer umfangmässig beschränkten Einwilligung zum ärztlichen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten. Verwirklichten sich im Zusammenhang mit den ärztlichen Massnahmen unvermeidbare Risiken, die bei hinreichender Aufklärung der Patient zu tragen hätte, habe der bezüglich der Aufklärung unsorgfältige Arzt für diese verwirklich-

ten Risiken einzustehen, weil der Patient sie mangels ärztlicher Information nicht selber in Kauf genommen habe. Zuzufolge der fehlenden Einwilligung bleibe selbst der regelmässig in Heilungsabsicht vorgenommene Eingriff widerrechtlich, so dass die wirtschaftlichen Folgen zulasten des Arztes gingen, solange dieser nicht den Nachweis zu erbringen vermöge, es fehle an der erforderlichen Kausalität dieses Aufklärungsdefizits. Daraus schliesst die Beschwerdeführerin, es handle sich bei der Haftung für unsorgfältige Aufklärung faktisch um eine fehlerunabhängige Komplikationshaftung und damit um eine Haftung auch für Zufall, d.h. für schicksalsmässige Entwicklung im Sinne eines Misslingens der Operation durch Ausbleiben des erwarteten Heilerfolgs oder des Eintretens weiterer nicht behebbarer Schädigungen durch den Eingriff. Es genüge, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Komplikation und der Heilbehandlung bestehe (KG act. 1 S. 14 – 16 Ziffern 18 und 19). Mit der Feststellung, dass keine ärztliche Therapie bestehe, die im Fall der Beschwerdeführerin den Heilverlauf zum Besseren hätte wenden können, sowie dass dadurch der Beschwerdeführerin kein Schaden im Rechtssinne entstanden sei, habe das Obergericht klares materielles Recht verletzt. Es habe den Rechtsbegriff der konstitutionellen Prädisposition im Rahmen der Schadenberechnung, bei der die haftungsausfüllende Kausalität geprüft werde, verkannt. Bei einer Unterlassung einer genügenden Aufklärung müsse der Arzt im Rahmen der Zufallshaftung für Komplikationen für alle negativen Folgen des Heileingriffs haften, seien sie nun zusätzliche Schädigungen durch den Heileingriff oder „nur“ Abweichungen von dem nach der Wahrscheinlichkeit voraussehbaren und vom Arzt und Patienten erwarteten Heilerfolgs. Da die Frage des rechtmässigen Alternativverhaltens bei der Unterlassung einer genügenden ärztlichen Aufklärung nur im Rahmen der hypothetischen Einwilligung geprüft werden dürfe, dürfe das Faktum des unter jeder Therapiemethode eintretenden gleichen Schadens weder bei der Schadensberechnung noch der Schadenersatzbemessung berücksichtigt werden (KG act. 1 S. 22 f. Ziff. 23 und 24).

Die von der Beschwerdeführerin vorgetragene Rechtsansichten von Hausheer und andern weisen durchaus eine gewisse innere Geschlossenheit auf. Klares materielles Recht bilden sie aber nicht. Der obergerichtliche Ansatz, wonach ein

Schaden nur vorliege, wenn die mangelhafte Aufklärung die Wahl einer andern (weniger risikoreichen) Therapie durch den Patienten verunmöglicht habe bzw. dass ein Schaden im Rechtssinne nicht vorliege, wenn keine ärztliche Therapie bestehe, die im Fall der Beschwerdeführerin den Heilverlauf zum Bessern hätte wenden können, ist für das zivile Haftpflichtrecht und insbesondere für den Bereich des zürcherischen Haftungsgesetzes vertretbar.

Im vorliegenden Fall besteht die Komplikation in einer Pseudoarthrose. Diese ist im Fall der Beschwerdeführerin „primär schicksalhaft“ (Professor Mo in seiner ersten Gutachten vom 22. September 1998, BG act. 61 S. 25 Ziff. 17). Nach Ergänzungsgutachten von Professor Mo wäre unabhängig von der Art der Behandlung im Fall der Beschwerdeführerin „ein gestörter Heilverlauf mit Entwicklung von Knochennekrosen, ungenügender oder ausbleibender Kallusbildung und Entwicklung einer Pseudoarthrose sich“ zu erwarten gewesen (OG act. 255 S. 2 f.). Der Gutachter begründet weiter ausführlich, weshalb die Wahl einer alternativen Behandlungsmethode („Spickdrahtfixation“) oder die Verlegung in eine Spezialklinik nicht zu einem besseren Resultat geführt hätte. Auch sei die fragliche Operation lege artis durchgeführt worden (OG act. 255 S. 2 – 8 Ziff. 30 – 32). Das Obergericht gibt im angefochtenen Urteil diese Überlegungen des Gutachters weitgehend wieder und schliesst sich diesem an (KG act. 2 S. 21 – 26 Erw. III/5). Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin auch bei genügender Aufklärung nicht die Möglichkeit gehabt hätte, sich für eine Methode zu entscheiden, welche das Risiko der aufgetretenen Komplikation vermindert oder gar ausgeschlossen hätte.

Somit verletzt die Ansicht des Obergerichts, durch das Vorgehen der Ärzte des Beschwerdegegners sei der Beschwerdeführerin kein Schaden im Rechtssinne erwachsen, jedenfalls kein klares Recht.

4. a) Das Obergericht auferlegte der Beschwerdeführerin die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des zweiten Berufungsverfahrens und verpflichtete sie, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 84'000.— (zuzüglich Mehrwertsteuer) für die genannten Verfahren zu bezahlen

(KG act. 2 Dispositiv Ziffern 4 und 5). Diese Regelung entspricht dem Grundsatz von § 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO, wonach die Kosten und Entschädigungen nach dem quantitativen Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen seien. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf § 64 Abs. 3 ZPO, wonach von dieser Regel abgewichen werden kann, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sieht oder wenn der klägerischen Partei die genaue Bezifferung des Anspruchs nicht zuzumuten gewesen sei und die Klage grundsätzlich gutgeheissen worden sei. Sie macht vorerst geltend, nachdem das Obergericht in seinem Vor-Urteil vom 7. Juli 2000 festgestellt habe, dass die ohne gültige Zustimmung vorgenommene Operation im Sinne von § 6 HG widerrechtlich gewesen sei und der Beschwerdegegner für die finanziellen Folgen der Operation grundsätzlich haftbar sei, habe die Beschwerdeführerin die Klage mindestens mit guten Gründen eingeleitet. Auch habe sich die Verfügung des Spitals X vom 28. April 1995 (BG act. 3/2), wo das Spital X gestützt auf § 24 Abs. 2 HG jegliches widerrechtliches Verhalten bestritten habe, grundsätzlich als fehlerhaft erwiesen. Die Beschwerdeführerin rügt die Nichtanwendung der Ausnahmebestimmung von § 64 Abs. 3 ZPO als Verletzung klaren materiellen Rechts (KG act. 1 S. 24 – 26 Ziffern 26 und 27).

Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28).

Der Staat bzw. die Organisation des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 3 Abs. 1 Haftungsgesetz) haftet für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung amtlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt (§ 6 Abs. 1 Haftungsgesetz). Ein entsprechender Schadenersatzanspruch setzt

also kumulativ die Ausübung amtlicher Verrichtung, die Widerrechtlichkeit des Handelns und die Verursachung eines Schadens voraus. Mit Vor-Urteil vom 7. Juli 2000 stellte das Obergericht fest, dass der Beschwerdegegner bezüglich der Folgen der Operation vom 22. April 1990 im Sinne von § 6 Abs. 1 Haftungsgesetz grundsätzlich schadenersatzpflichtig sei (OG act. 138 S. 24). Nachdem die Frage, ob der Beschwerdeführerin aus der fraglichen Operation ein Schaden entstanden sei und gegebenenfalls wie hoch dieser sei, nicht Gegenstand des ersten Berufungsverfahrens und damit auch nicht des Vor-Urteils vom 7. Juli 2000 bildete, kann sich die Feststellung der grundsätzlichen Schadenersatzpflicht lediglich auf die Voraussetzungen der Ausübung amtlicher Verrichtung und der Widerrechtlichkeit, nicht aber auf diejenige des Schadens beziehen. Der Umstand, dass der Beschwerdegegner am 28. April 1995 die Schadenersatzansprüche der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf § 24 Abs. 2 HG ablehnte und damit den Weg zum gerichtlichen Verfahren frei gab, bedeutet für sich allein nicht, dass die Beschwerdeführerin sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen habe. Daran ändert auch nichts, dass die damals vom Beschwerdegegner angebrachten Erwägungen sich nicht in allen Teilen mit denjenigen der nachmalig mit der Sache befassten Gerichte decken. Ebenfalls lässt sich daraus, dass einzelne Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gegeben sind, nicht auf eine zwingende Milderung des Kostenrisikos im Prozess schliessen, musste sich die Beschwerdeführerin doch von Anfang an klar sein, dass sie, um zur Gutheissung der Klage zu gelangen, sämtliche kumulativen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs nachzuweisen hat.

Unter diesen Umständen ist die Anwendung der Ausnahmeregelung von § 64 Abs. 3 ZPO jedenfalls nicht zwingend und die Kosten- und Entschädigungsregelung nach den allgemeinen Grundsätzen von § 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO nicht gegen klares materielles Recht verstossend. Die betreffende Rüge ist unbegründet.

b) Die Beschwerdeführerin hält dafür, auch der zweite Grund von § 64 Abs. 3 ZPO zur Abweichung von der allgemeinen Regel sei gegeben, da der Beschwerdeführerin die genaue Bezifferung ihres Anspruchs nicht zuzumuten gewesen sei.

Es habe eine rein qualitative Kosten- und Entschädigungsregelung einzutreten, wobei wegen der grundsätzlichen Gutheissung der Klage und der Unbestimmtheit des tatsächlichen Schadenersatzanspruchs sämtliche Kosten und Entschädigungen dem Beschwerdegegner als öffentlich-rechtlichem Zwecksverband auferlegt werden müssten (KG act. 1 S. 26 ff. Ziff. 28).

Ob der Beschwerdeführerin die genaue Bezifferung ihres Anspruchs im vorliegenden Fall zuzumuten war, kann offen bleiben. Eine Abweichung von der allgemeinen Regel der Auferlegung von Kosten und Entschädigungen wegen Unzumutbarkeit der genauen Bezifferung setzt voraus, dass die Klage grundsätzlich gutgeheissen wird. Die Beschwerdeführerin sieht offenbar im Vor-Urteil des Obergerichts vom 7. Juli 2000, worin dieses feststellt, der Beschwerdegegner sei bezüglich der Folgen der fraglichen Operation grundsätzlich schadenersatzpflichtig (OG act. 138), eine solche grundsätzliche Gutheissung der Klage. Dem ist nicht zu folgen. Wie bereits ausgeführt, spricht sich das obergerichtliche Vor-Urteil nicht darüber aus, ob ein rechtlich relevanter Schaden bestehe oder nicht. Das Bezirksgericht und hernach das Obergericht im heute angefochtenen Urteil verneinen einen solchen Schaden und weisen deshalb die Klage ab. Es geht also vorliegend nicht um eine Abweisung der Klage in einem grösseren Teilbetrag wegen Überklagens infolge Unzumutbarkeit der genauen Bezifferung, sondern um eine vollständige Abweisung der Klage infolge grundlegenden Fehlens einer rechtlichen Voraussetzung des eingeklagten Forderungsanspruchs.

Unter diesem Gesichtspunkt ist die Kosten- und Entschädigungsregelung des angefochtenen Entscheids nicht zu beanstanden. Die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts ist unbegründet.

III.

Da die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist, wird die Beschwerdeführerin für das vorliegende Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 9'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 393.-- Schreibgebühren,
Fr. 247.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich (8. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: