



Kass.-Nr. AA050047/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 22. Dezember 2005

in Sachen

Z. AG,

...,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

...

substituiert durch Rechtsanwalt ...

gegen

P.L.,

...,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch ...

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2005 (LB040063/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 4. Januar 1991, ca. 18.00 Uhr, wurde Susanne L., die Mutter des Beschwerdegegners, im Kellervorraum, unmittelbar vor dem Heizraum des von ihr und ihrer Familie bewohnten Einfamilienhauses in Münchenstein/BL tot aufgefunden. Der Ehemann der Verstorbenen machte im Jahre 1997 in einem parallel zum vorliegenden geführten Verfahren vor Bezirksgericht _____ die Beschwerdeführerin für den Tod seiner Ehefrau verantwortlich, weil sie den Service-Vertrag zur Gewährleistung eines einwandfreien Funktionierens der Heizanlage verletzt habe; er klagte auf Ersatz des Versorgerschadens in der Höhe von Fr. 777'426.-- sowie Genugtuung von Fr. 45'000.--. Der Beschwerdegegner klagte seinerseits gestützt auf dieselben tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse auf Zahlung einer Genugtuung von Fr. 25'000.-- nebst Zins. Mit Urteil vom 8. März 2001 wies das Gericht die vorliegende Klage mangels Verletzung einer Sorgfaltspflicht durch die Beschwerdeführerin ab. Ebenso verfuhr es mit der Klage im Parallelverfahren.

Auf Berufung des Ehemanns der Verstorbenen in dem von diesem geführten Verfahren bejahte die II. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 12. Mai 2003 (Geschäfts-Nr. LB 010087; OG act. 117) die Haftung der Beschwerdeführerin aus Vertrag wie auch als Geschäftsherrin wegen Verletzung der Sorgfaltspflichten und wies den Prozess zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die erste Instanz zurück. Das vorliegende Verfahren wurde bis zur rechtskräftigen Erledigung des Geschäfts LB 010087 sistiert. Auf die von der Beschwerdeführerin gegen den erwähnten Rückweisungsbeschluss erhobene Berufung trat das Bundesgericht mit Urteil vom 21. Oktober 2003 gestützt auf Art. 50 Abs. 1 OG nicht ein (OG act. 118). In der Folge hob das Obergericht mit Beschluss vom 21. Januar 2004 die Sistierung des vorliegenden Verfahrens sowie das Urteil des Bezirksgerichtes _____ vom 8. Mai 2001 auf und wies die Sache ebenfalls zu neuer Entscheidung an die erste Instanz zurück (zum Vorstehenden angefochtenes Urteil S. 3/4 mit Aktenzitate).

2. Mit Urteil vom 27. April 2004 verpflichtete das Bezirksgericht _____ die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner unter dem Titel Genugtuung Fr. 20'000.-- nebst 5% Zins ab 4. Januar 1991 zu bezahlen; im Mehrbetrag wies es die Klage ab (OG act. 127). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Berufung mit dem Antrag auf Abweisung der Klage. Mit Urteil vom 11. März 2005 nahm das Obergericht davon Vormerk, dass das erstinstanzliche Urteil im Umfang der Klageabweisung nicht angefochten und insoweit in Rechtskraft erwachsen sei; im weiteren verpflichtete es in Abweisung der Berufung die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner Fr. 20'000.-- zuzüglich Zins als Genugtuung zu bezahlen (KG act. 2). Es stützte sich dabei u.a. auf die (integral wiedergegebenen) Erwägungen seines Rückweisungsentscheides vom 12. Mai 2003 im Parallelfall LB010087, auf welche bereits im vorliegend ergangenen Rückweisungsentscheid vom 21. Januar 2004 verwiesen worden war (Urteil S. 4 bis 23).

3. Gegen das Urteil vom 11. März 2005 richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei die Klage abzuweisen (KG act. 1 S. 2). Der Beschwerdegegner beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 14); die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10).

4. Die Beschwerdeführerin hat gegen das hier angefochtene Urteil auch eidgenössische Berufung erklärt (Prot. OG S. 8).

II.

1. Die Beschwerdeführerin rügt - im Zusammenhang mit der Prüfung der Haftungsvoraussetzungen - willkürliche Beweiswürdigung und Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Beschwerde S. 3 Ziff. 1.5); sie macht damit (sinn- gemäss) die Nichtigkeitsgründe von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO geltend.

2. Zunächst stellt sich die - von Amtes wegen zu prüfende - Frage der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde.

2.1 Thema der Nichtigkeitsbeschwerde ist die Frage, ob - wie die Vorinstanzen angenommen haben - rechtsgenügend erstellt ist, dass am 4. Januar 1991 Kohlendioxid aus der Heizung in den Heizungsraum ausgetreten ist und zum Tod von Susanne L. geführt hat und ob gegebenenfalls ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen den im Oktober 1990 durchgeführten Arbeiten des Servicetechnikers der Beschwerdeführerin und dem Tod von Susanne L. besteht.

2.2 Das Obergericht hat dazu, wie bereits erwähnt, im hier angefochtenen Urteil auf seinen eigenen Rückweisungsbeschluss vom 21. Januar 2004 (OG act. 119) verwiesen, welcher seinerseits auf die Erwägungen im Rückweisungsbeschluss des Parallelverfahrens verwiesen hatte.

Ferner hat das Obergericht im hier angefochtenen Urteil erwogen (Urteil S. 25 f.), im Rahmen des nunmehr zweiten Berufungsverfahrens sei die Kammer gemäss § 104a GVG an ihre eigene Rechtsauffassung gemäss Rückweisungsbeschluss vom 21. Januar 2004 gebunden, zumal keiner der in § 104a Abs. 3 GVG genannten Ausnahmefälle vorläge. Mit dem Rückweisungsentscheid sei der Sachverhalt festgelegt und insoweit ein Zwischenentscheid getroffen worden, der insbesondere auch die rechtlichen Folgen aus dem von der Kammer als erwiesen erachteten Sachverhalt erfasse. Die Rüge willkürlicher Beweiswürdigung durch das Obergericht hätte - so die Vorinstanz - allenfalls mit einem entsprechenden Rechtsmittel (gemeint: gegen den seinerzeitigen Rückweisungsbeschluss) erhoben werden müssen, und soweit willkürliche Beweiswürdigung durch das Bezirksgericht geltend gemacht werde, sei die Rüge unzutreffend, weil dieses an den Rückweisungsentscheid des Obergerichts bzw. an die diesem zugrundeliegende Beweiswürdigung gebunden gewesen sei.

Weiter weist das Obergericht in diesem Zusammenhang auf die grundsätzliche Unzulässigkeit bzw. begrenzte Zulässigkeit von Noven im Berufungsverfahren hin. Neue Behauptungen, welche bereits mit der ersten Berufungsbegründung hätten vorgebracht werden können, könnten nicht erst im zweiten Berufungsver-

fahren aufgestellt werden. Schliesslich rechtfertige sich eine andere Vorgehensweise auch deshalb nicht, weil mit dem Rückweisungsentscheid vom 12. Mai 2003/21. Januar 2004 ein Zwischenentscheid in dem Sinne gefällt worden sei, als die "Haftungsvoraussetzungen der Klage" bejaht worden seien; die Rückweisung sei einzig zur Bemessung von Schadenersatz und Genugtuung erfolgt, was auch für das Bundesgericht der Grund gewesen sei, die Voraussetzungen von Art. 50 Abs. 1 OG als nicht erfüllt zu betrachten (Urteil S. 26).

2.3 Dass das Obergericht gemäss § 104a Abs. 1 GVG an die seinem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegende Rechtsauffassung gebunden war, wird in der Beschwerde nicht mehr in Frage gestellt (anders noch OG act. 135 S. 3). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die dieser Rechtsauffassung zu Grunde liegenden Feststellungen zum Sachverhalt heute noch mit Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht - welches bisher mit der Sache nicht befasst war - in Frage gestellt werden können.

2.3.1 In einem Entscheid vom 21. April 2002 hat das Kassationsgericht erwogen, ein Rückweisungsentscheid im Sinne von § 270 ZPO stelle der Sache nach einen prozessleitenden Entscheid dar, weshalb es sich rechtfertige, analog zu § 282 Abs. 2 ZPO auch insoweit noch die nachträgliche Anfechtung im Rahmen des Weiterzugs des Endentscheides zuzulassen. Dies gelte jedenfalls für Rückweisungsentscheide, welche vor Inkrafttreten der neuen Regelung gemäss §§ 104/104a GVG (1. November 2001) ergangen seien; ausdrücklich offen gelassen wurde in diesem Entscheid aber die Frage, wie es sich für nach dem genannten Datum ergangene Rückweisungsentscheide verhalte, nachdem nunmehr der rückweisenden Instanz in einem neuen Rechtsmittelverfahren in der gleichen Sache ein Abweichen von ihrer früheren Rechtsauffassung grundsätzlich nicht mehr gestattet sei (RB 2002 Nr. 106; ebenso Kass.-Nr. AA030004 v. 29.9.2003 i.S. W., Erw. II.1.2a).

2.3.2 Die in RB 2002 Nr. 106 offen gelassene Frage bedarf heute der Klärung, weil der in Frage stehende Rückweisungsentscheid vom 21. Januar 2004 datiert.

a) Vorab stellt sich die Frage, ob es sich beim Rückweisungsentscheid nach § 270 ZPO um einen prozessleitenden Entscheid im Sinne von § 282 Abs. 2 ZPO handelt. Als prozessleitende Entscheide gelten gerichtliche Anordnungen, die den Gang des Verfahrens regeln, ohne aber die Sache selber schon - ganz oder teilweise - zu erledigen (z.B. Auferlegung einer Kautions, Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, Anordnung des schriftlichen Verfahrens; Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Verfahrens). Davon zu unterscheiden sind Vorentscheide, die eine für die Beurteilung des Prozesses wesentliche (Vor-)Frage abschliessend regeln, auf welche das erkennende Gericht in der Folge - anders als bei prozessleitenden Entscheiden - grundsätzlich nicht zurückkommen kann. Vorentscheide zeichnen sich dadurch aus, dass sie im Falle der Entscheidung zugunsten der beklagten Partei den Prozess sofort beenden, etwa bei Verneinung der Zuständigkeit, des Rechtsschutzinteresses, der Aktiv- oder Passivlegitimation, der grundsätzlichen Haftungsvoraussetzungen u.ä.; ferner bei Bejahung der Verjährung oder Verwirkung (zum Ganzen MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 242; HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 1996, § 26 Rz 134; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 1 ff. zu § 189; betr. Rückkommen auf einen positiven Zuständigkeitsentscheid vgl. ZR 97 Nr. 85 und FRANK, ErgBd zu Kommentar FRANK/STRÄULI/MESSMER, Zürich 2000, § 111 zu N 9 ff.).

Ein Rückweisungsentscheid im Sinne von § 270 ZPO - der als solcher (anders als ein prozessleitender Entscheid, § 282 ZPO) immer mit Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar ist (vgl. Ingress § 281 ZPO) - ist einerseits ein Zwischen- bzw. Vorentscheid, der bestimmte Fragen (abweichend von der unteren Instanz) abschliessend regelt, und andererseits ein prozessleitender Entscheid, indem er als Folge dieser Beurteilung die untere Instanz anhält, weitere sich in der Folge stellende Fragen zu klären und zu entscheiden (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 7 zu § 270 ZPO, m.H.; HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 27 zu § 104a GVG). Auch vorliegend weist der in Frage stehende Rückweisungsentscheid beide Komponenten auf: zum einen wurde die Frage nach der Haftung der Beschwerdeführerin im

Grundsatz bejaht (Vorentscheid), zum anderen wurde die Sache zur nunmehr noch notwendigen Bemessung der Genugtuung an die untere Instanz zurückgewiesen (prozessleitender Entscheid).

Diese Natur des Rückweisungsentscheides legt es nahe, davon auszugehen, dass er in Übereinstimmung mit § 281 ZPO hinsichtlich der Vorentscheidung der *sofortigen Anfechtbarkeit* mittels Nichtigkeitsbeschwerde unterliegt, und zwar in dem Sinne, dass eine *erst nachträgliche* Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid des Berufungsgerichts *ausser Betracht fällt*. Denn die nunmehr gesetzlich statuierte Bindung der rückweisenden Instanz an ihren eigenen Entscheid würde letztlich wenig Sinn machen, wenn anschliessend die Kassationsinstanz diese Auffassung ihrerseits noch bei Anfechtung des Endentscheides überprüfen könnte. Die Bindung der rückweisenden Instanz erfordert konsequenterweise zumindest auf kantonaler Ebene den unmittelbaren Weiterzug. Damit erweist sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich als unzulässig bzw. als verspätet, soweit damit die bereits dem obergerichtlichen Rückweisungsbeschluss vom 21. Januar 2004 zu Grunde liegende Rechtsauffassung (bzw. die dieser Rechtsauffassung zu Grunde liegende Beweiswürdigung) angefochten wird.

b) Wenn sich somit ergibt, dass auf eine erst gegen den Endentscheid erhobene Nichtigkeitsbeschwerde heute grundsätzlich nicht (mehr) eingetreten werden kann, soweit es um bereits im Rückweisungsentscheid entschiedene Fragen geht, stellt sich die Frage, ob aus Gründen des Vertrauensschutzes dennoch auf die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten ist. Einerseits war zwar die sich hier stellende Frage bereits durch den im Rechenschaftsbericht des Kassationsgericht für das Jahr 2002, der im Sommer 2003 erschien, veröffentlichten Auszug einer weiteren Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht und thematisiert worden. Ob damit von einem zürcherischen Anwalt erwartet werden darf, dass er im Januar 2004 davon Kenntnis hatte, kann jedoch offen gelassen werden, zumal auf Grund jenes Entscheides das Problem zwar angesprochen, die Rechtslage aber noch nicht geklärt war.

In Betracht fällt weiter, dass gemäss § 188 GVG bei Endentscheiden in der Rechtsmittelbelehrung auf die Nichtigkeitsbeschwerde hinzuweisen ist, soweit

diese zulässig ist. Der Rückweisungsentscheid vom 21. Januar 2004 enthielt keinen Hinweis auf die Nichtigkeitsbeschwerde, was zunächst deshalb als gesetzeskonform erscheint, weil es sich dabei nicht um einen (formellen) Endentscheid handelte. Geht man aber davon aus, dass jedenfalls seit Inkrafttreten von § 104a GVG die rückweisende Instanz an ihre dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegende Rechtsauffassung gebunden ist und zieht man daraus den weiteren Schluss, dass eine allfällige kantonalrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Fall unmittelbar gegen diesen Entscheid erhoben werden muss (wovon im übrigen auch das Obergericht ausgeht, Urteil S. 26), so handelt es sich beim Rückweisungsentscheid hinsichtlich der darin entschiedenen Fragen um einen Endentscheid, der auf kantonaler Ebene später nicht mehr angefochten werden kann. Daher muss der Rückweisungsentscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung hinsichtlich der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde versehen werden, soweit diese zur Verfügung steht.

Nachdem der vorliegende Rückweisungsbeschluss keine Rechtsmittelbelehrung enthalten hatte, ist im Sinne einer unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes gebotenen Ausnahme (vgl. zu den hierfür entwickelten Grundsätzen HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 20 zu § 188 GVG mit Hinweisen) im vorliegenden Fall die Nichtigkeitsbeschwerde als zulässig zu betrachten und somit darauf einzutreten.

3.1 Zur Frage nach der Todesursache von Susanne L. erwog das Obergericht (Urteil S. 6 ff.; die vom Obergericht hier wiedergegebenen Erwägungen des Rückweisungsentscheides im Parallelverfahren bilden kraft Verweisung Bestandteil des angefochtenen Urteils), aufgrund der erhobenen Beweise sei davon auszugehen, dass Susanne L. an Kohlendioxid, welches aus der mangelhaften Heizungsanlage ausgetreten war, erstickt sei. Es wird dabei ausdrücklich auf die von der Beschwerdeführerin dagegen vorgetragene Einwendungen Bezug genommen, wonach nicht erwiesen sei, woran Susanne L. verstorben sei bzw. dass überhaupt am 4. Januar 1991 Kohlendioxid aus der Heizung ausgetreten sei. Das Obergericht verweist in diesem Zusammenhang auf die Akten der durch das Bezirksstatthalteramt Arlesheim geführten Strafuntersuchung, auf die Gutachten des Technischen Inspektorates des Schweizerischen Gasfaches (TISG) und die auch

als Zeugen befragten Verfasser dieser Gutachten (Eduard V. und Dr. A. Kilchmann bzw. H.J. Lüscher), auf die durch das Gerichtlich-Medizinische Institut der Universität Basel (Dr. med. Otmar Jakob) erstellten Gutachten und die ergänzende Befragung auch dieses Gutachters als Zeuge, sowie auf die Aussagen von Dr. med. Z., welcher Frau L. im Oktober 1990 einmal behandelt hatte, als es im Zusammenhang mit einem undefinierbaren Geruch bei einzelnen Familienmitgliedern zu Übelkeit und Bewusstlosigkeit gekommen war und Frau L. ins Spital eingeliefert werden musste. Das Obergericht hält allerdings fest, wenn die erste Instanz gestützt auf diese Beweismittel den Schluss ziehe, die Verstorbene sei "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" an aus der Heizungsanlage ausgetretenem Kohlendioxid erstickt, greife sie wohl zu hoch, da in einem streng wissenschaftlichen Sinn der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Kohlendioxid aus der Heizungsanlage und dem Tod von Susanne L. nicht strikt bewiesen sei, seien doch keine Mess- und Prüfdaten vorhanden, die das Vorhandensein von Kohlendioxid nachweisen, weil solche weder am Unfallort noch an der Leiche erhoben worden seien (Urteil S. 8).

Weiter zitiert das Obergericht den gerichtsmedizinischen Gutachter Dr. Jakob; dieser hatte sich im Gutachten vom 16. Oktober 1991 überrascht darüber gezeigt, dass bei der Überprüfung der Heizung kein Kohlenmonoxid, welches als Ursache für derartige Zwischenfälle wesentlich häufiger vorkomme, habe festgestellt werden können; das Vorliegen einer anderen Ursache sei damals nicht in Betracht gezogen worden. Als Zeuge befragt habe er ausgesagt, eine Kohlendioxid-Vergiftung könne zwar nicht direkt nachgewiesen werden, jedoch sei eine solche mit einer "grossen Plausibilität" anzunehmen gewesen, während keine alternative Todesursache mit genügender Plausibilität vorgelegen habe. Rechtlich interpretiert bedeute dies - so das Obergericht -, dass jedenfalls von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit dafür auszugehen sei, dass der Tod von Susanne L. auf aus der Heizung ausgetretenes Kohlendioxid zurückgeführt werden müsse, was nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Nachweis der Todesursache genüge.

3.2 Zu diesem Punkt - austretendes Kohlendioxid als Todesursache - verweist die Beschwerdeführerin zunächst (Beschwerde S. 4 ff.) auf das gerichtsmedizinische Gutachten vom 1. März 1991, wonach es sich beim Tod der Verstorbenen um einen "Tod aus natürlicher, innerer Ursache" handle. Diese stimme - so die Beschwerdeführerin weiter - mit den Zeugenaussagen von Dr. Z. überein, welcher darauf verwiesen habe, dass die Überdehnung des rechten Herzens zu bösartigen Herzrhythmusstörungen führe, die bei einer Frau dieses Alters mit diesem Klappendefekt relativ typisch seien. Komme es zu einem Kammerflimmern, welches nicht revertiere, sterbe der Patient. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sich Susanne L. im Alter von 17 Jahren einer Herzoperation hatte unterziehen müssen.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz in diesem Zusammenhang willkürliche Beweiswürdigung insofern vor, als sie den Bericht bzw. das Gutachten des TISG vom 30. Juli 1991 unberücksichtigt lasse. Danach seien am 14. Juli 1991 am Unfallort bei geschlossenem Kamin Messungen vorgenommen worden, wobei der Gehalt an Kohlendioxid auf bis zu 3.5-4% gestiegen sei. Der Gutachter halte fest, dass eine letale Wirkung des CO₂ in Konzentrationen um 4% möglich, jedoch eher unwahrscheinlich, bei gebrechlichen, alten oder kranken Personen und Kleinkindern aber nicht auszuschliessen sei. Auf der anderen Seite stelle dieses Gutachten fest, es sei eine CO₂-Konzentration von mehr als 4% erreicht worden, was nicht plausibel bzw. widersprüchlich sei. Gemäss Polizeirapport habe das Kellerfenster am Unfalltag offen gestanden, womit zur Unfallzeit Frischluft in den Heizungsraum gelangen konnte, was die Bildung von Kohlendioxid erschwere. Nach Aussagen von Dr. Jakob vom GMI der Universität Basel könnten bei einem Kohlendioxidgehalt von 4-6% Kopfschmerzen, Herzklopfen, Schwindel und Benommenheit auftreten. Aus all dem ergebe sich, dass die bei verstopftem Kamin festgestellten Werte nicht zum Tod von Susanne L. geführt haben könnten.

Über den Gehalt an Sauerstoff sowie an Kohlendioxid am Unfalltag und zum nicht bekannten Todeszeitpunkt im Heizungsraum lasse sich - so die Beschwerdeführerin weiter - nichts mehr feststellen. Ferner stimme das erste Gutachten des gerichtsmedizinischen Instituts der Universität Basel vom 1. März 1991 mit

den Aussagen von Dr. Z. überein, wonach der Tod auf die vorbestehenden Gesundheitsprobleme (Herzrhythmusstörungen) zurückzuführen sein könnte. Erst im zweiten Bericht vom 16. Oktober 1991, der aber auf einer nicht erwiesenen Grundlage beruhe (Beschwerde S. 12), werde der Tod auf eine Kohlendioxidvergiftung zurückgeführt, was der Gutachter in der Zeugenbefragung wiederum relativiert habe. Nach den Aussagen von Dr. Z. lägen mehrere Problemkreise vor, welche indes keinen eindeutigen bzw. zweifelsfrei interpretierbaren Befund ergäben. Aus all dem folge, dass das Obergericht eine natürliche Kausalität unterstelle, die nach dem Beweisergebnis auf keine Art und Weise bewiesen und beweisbar sei; damit liege eine willkürliche Beweiswürdigung vor (Beschwerde S. 15).

3.3 Die Beweislage stellt sich in chronologischer Abfolge der von der Beschwerdeführerin zur Begründung der Rüge zitierten Beweismittel wie folgt dar:

Eine unmittelbar nach dem Unfall von der Betriebsfeuerwehr der Ciba-Geigy Werke vorgenommene Messung am Unfallort ergaben keine "handfesten Resultate" (vgl. Bericht vom 23. Januar 1991; BG act. 20/3 = Beschwerdebeilage 4). Im Untersuchungsbericht des Gerichtskemischen Laboratoriums des Polizei- und Militärdepartements Basel-Stadt vom 15. Februar 1991 wird festgehalten, es sei im Blut der Verstorbenen keine relevante Kohlenmonoxid-Konzentration nachgewiesen worden (BG act. 20/2 = Beschwerdebeilage 9). Am 1. März 1991 erstattete das Gerichtlich-medizinische Institut der Universität Basel ein erstes Gutachten zuhanden des Statthalteramtes Arlesheim; darin heisst es, es handle sich um einen "Tod aus natürlicher, innerer Ursache"; die erhobenen Befunde sprächen für ein zentrales Kreislaufversagen. Insbesondere wird darauf Bezug genommen, dass die Verstorbene die Zeichen einer sog. "Rechtsherzüberlastung" aufweise, dies als Folge eines angeborenen Herzfehlers, weswegen sie in ihrer Jugend habe operiert werden müssen (BG act. 20/4 = Beschwerdebeilage 2). Immerhin wird hier im Nachsatz eine mögliche CO₂-Vergiftung durch Rückstau der Abgase zwar als "sehr unwahrscheinlich", aber doch als "nicht ausgeschlossen" bezeichnet.

Eine Wende nahmen die Abklärungen mit dem ebenfalls vom Statthalteramt Arlesheim in Auftrag gegebenen, von Eduard V. verfassten Bericht des Technischen Inspektorates des Schweizerischen Gasfaches (TISG) vom 30. Juli 1991

(BG act. 4/8 = Beschwerdebeilage 5). Danach sei bei der Simulation möglicher Störfälle zwar keine erhöhte CO-Konzentration festgestellt worden, wohl aber sei der Gehalt an *Kohlendioxid* in der Atmungsluft auf bis zu 4% gestiegen und entsprechend der O₂-Gehalt gesunken. Ein solcher Kohlendioxidgehalt könne bei gebrechlichen, alten oder kranken Personen eine letale Wirkung haben. Der Bericht gelangt zum Schluss (S. 5), der Tod sei "mit höchster Wahrscheinlichkeit" auf die Auswirkungen des ausgetretenen Abgases zurückzuführen; Kontrollmessungen hätten denn auch ergeben, dass die Abgasanlage auf Grund einer mangelhaften Heizungsinstallation nicht richtig funktioniert habe, wodurch das kalte Abgas so massiv in den Kesselraum ausgetreten sei, dass eine CO₂-Konzentration von mehr als 4% erreicht worden sein könnte. Im Lichte dieses Berichtes erstattete das Gerichtlich-medizinische Institut der Universität Basel am 16. Oktober 1991 einen zweiten Bericht (BG act. 4/7 = Beschwerdebeilage 7). Darin wird einleitend auf die "Problematik der Nachweisbarkeit der Vergiftung mit Kohlendioxid (CO₂) einerseits sowie auf die Nachweisbarkeit funktioneller Ursachen für einen Todeseintritt andererseits" hingewiesen. Ferner wird eingeräumt, dass es korrekter gewesen wäre, (im ersten Bericht) sowohl Todesursache wie auch Todesart als unklar oder allenfalls die gewaltsame Todesursache (Vergiftung mit CO₂) als nicht ausgeschlossen und eine natürliche innere Ursache als (nur) möglich zu bezeichnen. Offenbar habe die Vorgeschichte (Herzoperation von Susanne L. im Alter von 17 Jahren) wesentlich zur Einschätzung als natürlicher Tod geführt, ebenso wie die Tatsache, dass Kohlenmonoxid wesentlich häufiger als Ursache für derartige "Zwischenfälle" vorkomme, womit eine andere Ursache zunächst nicht in Betracht gezogen worden sei (a.a.O., S. 2/3). Die Ergebnisse der Untersuchungen des TISG machten eine Neuurteilung notwendig, und gestützt darauf gelange nunmehr auch das Gerichtlich-medizinische Institut zum Schluss, dass der Tod auf eine Kohlendioxid-Vergiftung zurückzuführen sei (a.a.O., S. 4). In seiner Befragung als Zeuge gab Eduard V. am 21. August 2000 zu Protokoll, Frau L. sei gestorben, weil die Grundlagen der Baukunst verletzt worden seien; es sei ein wichtiges Bauteil vergessen worden, so dass die Heizung nicht richtig habe funktionieren können (Prot. BG S. 34/35).

3.4 Dieses Beweisergebnis lässt jedenfalls die von der Vorinstanz getroffene Annahme, wonach Susanne L. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit an der Folge des übermässigen Kohlendioxidausstosses gestorben sei, nicht als willkürlich erscheinen. Soweit die Beschwerdeführerin zunächst beanstandet, dass im Bericht des TISG von widersprüchlichen Angaben ausgegangen werde, ist der Vorwurf unbegründet. Einerseits ist hier die Rede davon, dass bei den vorgenommenen Messungen der Gehalt von Kohlendioxid auf bis zu 4% gestiegen sei; andererseits wird es als möglich erachtet, dass am Unfalltag unter gewissen Umständen das Abgas eventuell auch über die (bei der Untersuchung) gemessenen 4% gestiegen sein könnte. Darin liegt kein Widerspruch, und auch die Tatsache, dass am Unfalltag das Kellerfenster offen gestanden habe und Frischluft in den Heizungsraum gelangen konnte, vermag daran nichts zu ändern, zumal CO₂ schwerer ist als Luft und sich daher am Boden ansammeln und zum Ersticken führen kann (vgl. TISG-Bericht, S. 3).

Ebensowenig wird im Zusammenhang mit den in der Beschwerde angerufenen Zeugenaussagen Jakob und Z. ein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen. Der Zeuge Otmar Jakob sagte aus (Prot. BG S. 56 ff.), dass eine Kohlendioxidvergiftung "nicht direkt nachgewiesen" werden könne, weil dieses Gas ohnehin im Blut gebunden sei; allenfalls könne eine etwas höhere Konzentration nachgewiesen werden. Entscheidend sei der Befund aus der Umgebung. Im übrigen hielt der Zeuge - in Übereinstimmung mit seinem Befund im zweiten Gutachten - auf entsprechende Frage hin ausdrücklich fest, eine Kohlendioxid-Intoxikation sei "mit einer grossen Plausibilität" anzunehmen, weil keine alternative Todesursache mit genügender Plausibilität vorliege (Prot. BG S. 58). Z. gab als Zeuge zu Protokoll, die Sache sei sehr komplex und es sei "beides möglich"; gemeint war damit, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, dass der Tod grundsätzlich sowohl eine Folge der vorbestehenden Herzprobleme als auch eine Folge von austretendem Kohlendioxid sein könne (a.a.O., S. 71 ff., 76). Diese pauschale Aussage ist aber weder in die eine noch in die andere Richtung indizierend und vermag die vorinstanzliche Beweiswürdigung jedenfalls nicht zu erschüttern.

4. Eine weitere Rüge bezieht sich auf die Frage, ob der Kausalzusammenhang in dem Sinne gegeben sei, dass bei sachgemäßem Vorgehen anlässlich der am 22. Oktober 1990 durchgeführten Revision der Heizungsanlage der Mangel hätte behoben werden können. Das Obergericht hat dazu erwogen (Urteil S. 17):

"Es ging damals nicht um einen üblichen Routine-Service, sondern die Beklagte wurde vom Kläger mit der Wartung der Heizung beauftragt, weil nach dem Vorgefallenen angenommen werden musste, dass diese sich in einem gefährlichen Zustand befand. Die Beklagte verpflichtete sich hinsichtlich des Heizkessels ... zur Herstellung von Betriebssicherheit. Das wäre bei Ergreifen der richtigen Massnahmen technisch möglich und vom Aufwand her ohne weiteres zumutbar gewesen. So hätte eine Messung der zu tiefen Abgastemperaturwerte einen zuverlässigen Hinweis darauf gegeben, dass die Abgase nicht hinreichend abziehen konnten. Dann wäre nach den Ursachen dieser Erscheinung zu suchen gewesen und es hätte sich - auch wegen der festgestellten starken Korrosionsablagerungen - die Frage nach dem richtigen Einsatz des Gasheizkessels stellen müssen (vgl. die diesbezüglichen plausiblen Ausführungen im Ergänzungsbericht des TISG vom 9. Mai 1995, act. 4/11)."

Die Beschwerdeführerin macht auch in diesem Zusammenhang widersprüchliche und damit willkürliche Beweiswürdigung geltend (Beschwerde Ziff. 6, S. 16 ff.). Soweit dabei Erwägungen im bezirksgerichtlichen Urteil vom 8. März 2001 angefochten werden (Beschwerde S. 16/17), ist darauf nicht einzutreten, da Anfechtungsobjekt das obergerichtliche Urteil ist.

4.1 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, der im Auftrag der Beschwerdeführerin mit den Arbeiten beschäftigte Zsolt N. hätte die notwendigen Arbeiten mangels genügender Sachkenntnisse ohnehin nicht vornehmen können, geht die Rüge deshalb an der Sache vorbei, weil das Obergericht dazu ausgeführt hat (Urteil S. 16, 18), es könne keine Rolle spielen, ob Zsolt N. dafür der richtige Mann gewesen sei, denn für die Sorgfaltspflicht gelte ein objektiver Massstab und die Beschwerdeführerin habe jenes Personal einsetzen müssen, das zur Gewährleistung der vertraglich versprochenen Betriebssicherheit der Heizung fachlich kompetent gewesen sei.

4.2 Ebenfalls nicht stichhaltig ist der Hinweis auf die Feststellungen des Experten V. in seinem Gutachten vom 30. Juni 1991. Diese beziehen sich auf die

von ihm nach dem Unfall vorgenommenen Untersuchungen und sind insofern grundsätzlich nicht geeignet, etwas darüber auszusagen, was seitens der Beschwerdeführerin anlässlich der vor dem Unfall durchgeführten Revision hätte veranlasst werden sollen. Im übrigen erwähnte der Experte immerhin, dass sich ähnlich ablaufende Unfälle bereits an anderen Orten ereignet hätten (a.a.O., S. 3), womit die Aussage, es handle sich um eine "ganz neue, auch für Fachleute überraschende Erscheinung", erheblich relativiert wird.

4.3 Ob es nach dem technischen Stand im Jahre 1990 vorgeschrieben, üblich oder zu erwarten war, dass die Abgastemperatur gemessen wird - mit anderen Worten, ob eine derartige Abklärung damals zumutbar bzw. deren Unterlassung pflichtwidrig war - ist eine Rechtsfrage, auf die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO). Im übrigen hat der Experte V. als Zeuge nicht ausgesagt, solche Messungen seien damals nicht üblich gewesen, sondern er hat lediglich bestätigt, es sei damals nicht üblich gewesen, dass jeder Monteur alle Geräte bei sich gehabt habe (Prot. BG S. 37 unten). Die Annahme des Obergerichts, dass angesichts der Vorfälle vom 5./7. Oktober 1990 eine genaue Abklärung der Betriebssicherheit der Heizungsanlage durch die Beschwerdegegnerin notwendig und möglich gewesen wären, ist ohne weiteres vertretbar.

4.4 Unzutreffend ist die Behauptung der Beschwerdeführerin (Beschwerde S. 18/19), es werde von der Vorinstanz übersehen, dass Zsolt N. die nach seiner Ansicht sachkundigen und zuständigen Industriellen Werke Basel (IWB) beizog bzw. benachrichtigte. Das Gegenteil trifft zu (vgl. Urteil S. 17 unten). Des weiteren sagt die Vorinstanz auch nicht, die IWB seien nicht die richtige Stelle gewesen (Beschwerde S. 19), sondern sie wirft die Frage auf, ob das eine genügende Massnahme gewesen sei, mit welcher die Sorgfaltspflichten erfüllt worden seien, was sie sogleich verneint (Urteil S. 17/18). Ob dies zutrifft, ist hier gemäss § 285 ZPO nicht zu beurteilen, da es sich - wie die Beschwerdeführerin selbst geltend macht - um eine Frage der richtigen Anwendung von Art. 364 OR handelt.

4.5 Zusammenfassend ist auch diese Rüge unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.

5. Es ist nicht ersichtlich, welche (konkrete) Rüge mit den abschliessenden Vorbringen (Beschwerde Ziff. 7, S. 20 ff.) erhoben werden soll. Ob die Heizungsanlage trotz festgestellter Installationsmängel "knapp genügte" oder nicht (Beschwerde S. 22), war für die Vorinstanz nicht das Thema, sondern es ging darum, ob die Beschwerdeführerin die sie nach Art. 364 OR treffenden Sorgfaltspflichten erfüllt hat oder nicht. Dies hat das Obergericht verneint (Urteil S. 13 ff.); soweit dabei tatsächliche Feststellungen getroffen bzw. Beweise gewürdigt wurden, wurde kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen, und soweit es darum geht, ob der richtige rechtliche Massstab angelegt wurde, ist auf die Beschwerde im Hinblick auf § 285 ZPO nicht einzutreten.

6. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist damit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bei diesem Ausgang wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 750.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 395.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- 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. 1'800.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die 2. Abteilung des Bezirksgerichtes _____ (ad CG040006), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: