



Kass.-Nr. AA050082/U/cap

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

Zirkulationsbeschluss vom 16. Februar 2006

in Sachen

O. C.,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Stadt Y,

vertreten durch den Stadtrat...,
Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil und Beschluss der II. Zivilkammer
des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Mai 2005 (LB040082/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 9. Februar 1997 erlitt der Kläger einen Unfall mit einem Riss des vorderen Kreuzbandes am linken Knie. Am 10. Februar 1997 unterzog er sich deswegen im Spital Y einer Operation. Während dieser Operation musste der Operateur die im Knie liegende Patella-Sehne (Patella = Kniescheibe) samt einem Stück Knochen teilweise heraustrennen, um dieses Transplantat für die Fixierung des Gelenkes verwenden zu können. Dabei trat eine Komplikation auf: die Kniescheibe brach längs entzwei, was eine Erweiterung der Operation zur Reposition der Kniescheibe erforderlich machte. Diese weist heute in Längsrichtung eine Stufe von 1 - 2 mm auf. Der Kläger klagt über erhebliche Beschwerden und Einschränkungen, die er darauf zurückführt.

Mit Schreiben vom 10. Februar 1999 an den Rechtsvertreter des Klägers lehnte der Stadtrat von Y ein Schadenersatzbegehren des Klägers ab (BG act. 2/1). Mit Eingabe vom 9. Februar 2000 erhob der Kläger beim Bezirksgericht X Klage gegen die Stadt Y auf Bezahlung von Fr. 100'000.-- nebst Zins und stellte zugleich das Begehren, es sei ihm nach Durchführung des Beweisverfahrens Gelegenheit zu geben, seine Klage endgültig zu beziffern (BG act. 1 S. 2). Nach Durchführung eines Beweisverfahrens, insbesondere Einholung eines Gutachtens, wies das Bezirksgericht die Klage ab. Es hielt zusammenfassend dafür, eine natürliche Kausalität zwischen den vom Kläger geltend gemachten Beschwerden und der Stufe in der Kniescheibe (als Behandlungsfehler) sei nicht nachgewiesen (BG act. 110 = OG act. 114 S. 16 Erw. II/5.6). Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung (OG act. 115).

Mit der Berufungsreplik bezifferte der Kläger seine Forderung auf Fr. 770'903.-- nebst Zins (OG act. 133 S. 2). Mit Beschluss vom 3. Mai 2005 trat das Obergericht (II. Zivilkammer) auf die Klage insofern nicht ein, als sie Fr. 100'000.-- nebst Zins übersteigt. Sodann wies das Obergericht mit Urteil desselben Tages die Klage wiederum ab (OG act. 142).

2. Mit vorliegender Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Kläger, es seien der Beschluss und das Urteil des Obergerichts vom 3. Mai 2005 aufzuheben (KG act. 1). Die Beklagte beantragt, es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne (KG act. 22). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 8).

Mit Verfügung vom 8. Juni 2005 auferlegte der Präsident des Kassationsgerichts dem Kläger eine Prozesskaution von Fr. 14'000.-- (KG act. 4). Nachdem der Kläger das Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Kassationsverfahren gestellt hatte (KG act. 9), nahm der Präsident die Frist zur Leistung der Prozesskaution mit Verfügung vom 24. Juni 2005 ab (KG act. 10). Mit Beschluss vom 23. September 2005 gewährte das Kassationsgericht dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung und bestellte mit Wirkung an 23. Juni 2005 dessen bisherigen Rechtsbeistand zum unentgeltlichen Rechtsvertreter (KG act. 20).

II.

1. a) Das Obergericht hält fest, der Beschwerdeführer argumentiere unter anderem mit zwei neuen Gutachten von Dr. M. J. (OG act. 122/1) und PD Dr. B. M. / Dr. E. J. (OG act. 122/2). Die Beschwerdegegnerin erachte die Dokumente als unbeachtlich, da verspätet eingereicht. Der Beschwerdeführer lasse dies nicht gelten; da die Gutachten erst nach Ablauf der Frist zur Beweismittelnennung erstattet worden seien und er sie nicht missbräuchlich zurückgehalten habe, dürfe er sie heute noch einbringen (OG act. 133 S. 2). Die Frist der Beweisaufgabe sei bis zum 21. Januar 2002 erstreckt worden (BG Prot. S. 10), die Gutachten datierten vom 21. November und 4. Dezember 2003. In diesem Zeitpunkt sei das Beweisverfahren am Bezirksgericht abgeschlossen gewesen, und die Frist zur Würdigung der ergänzenden Ausführungen des Experten seien dem Beschwerdeführer bis zum 26. November 2003 erstreckt worden (BG Prot. S. 32). Das erstinstanzliche Urteil sei erst am 25. August 2004 ergangen. Bis dahin hätte der Beschwerdeführer längst Gelegenheit gehabt, die neuen Unterlagen dem Be-

zirksgericht zuzustellen. Abzuwarten, wie das Urteil ausfallen würde, und die Gutachten nur je nach Ergebnis als zusätzliche Argumente der Berufung beizufügen, widerspreche Treu und Glauben. Sowohl das Interesse an einem geordneten beschleunigten Verfahren als auch die Interessen der Gegenpartei verböten es, die Noven fast ein Jahr später (am 8. November 2004) noch zuzulassen. Der Vollständigkeit halber geht das Obergericht dennoch kurz auf die aus seiner Sicht prozessual unbeachtlichen Gutachten ein und hält fest, zum hier interessierenden Thema, worauf die vom Beschwerdeführer angegebenen Schmerzen und Behinderungen zurückzuführen seien, äusserten sich die neuen Gutachten nicht. Es werde lediglich festgestellt, was unbestritten sei: dass der Beschwerdeführer 1997 einen Misstritt getan habe, welcher den Riss eines vorderen Kreuzbandes zur Folge gehabt habe, dass dies chirurgisch saniert worden sei, wobei während der Operation die Kniescheibe gebrochen und wieder zusammengefügt ("osteosynthetisiert") worden und die postoperative Phase ungünstig mit chronischen Bewegungs- und Belastungsschmerzen im Bereich des linken Knies verlaufen sei. Die Gutachten sprächen sich über die Ursache dieser Schmerzen nicht aus; die heute zentral zu diskutierende Stufe werde nicht einmal erwähnt. Im übrigen bewerteten die Gutachter auftragsgemäss nur die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers (KG act. 2 S. 14 f.).

b) Der Beschwerdeführer rügt zunächst, es liege eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes vor, wenn das Obergericht zur Auffassung gelange, die in Frage stehenden Gutachten seien nicht zu berücksichtigen, weil sie angeblich verspätet in den Prozess eingebracht worden seien. Das Obergericht führe aus, sowohl das Interesse an einem geordneten beschleunigten Verfahren als auch die Interessen der Gegenpartei verböten es, die in Frage stehenden Noven noch zuzulassen. Dazu sei festzuhalten, dass es vorliegendenfalls nicht um die Beachtung der prozessualen Grundsätze im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens gehe, sondern dass die Verhaltensweise bezüglich eines normalen Zivilprozesses zur Diskussion stehe. Die Annahme, es handle sich um ein beschleunigtes Verfahren, sei objektiv falsch, willkürlich und aktenwidrig. Weshalb die Interessen der Gegenpartei verletzt worden sein sollten, bleibe schleierhaft. Insbesondere sei diesbezüglich keine Begründung gegeben worden, so dass nicht er-

sichtlich sei, welche Interessen der Gegenpartei tangiert worden sein sollten und schon gar nicht inwieweit diesbezüglich eine Beeinträchtigung der Gegenpartei vorliege. Namentlich sei es der Beschwerdeführer, der eine Leistung fordere; wenn sich wegen seiner Art der Prozessführung das Verfahren in die Länge ziehe, beeinträchtige dies allenfalls ihn selbst, nicht aber die Gegenpartei. Eine verzögerte Geltendmachung eines Rechtsanspruchs sei nur dann rechtsmissbräuchlich, wenn aus dem Stillschweigen entweder mit Sicherheit auf einen Verzicht geschlossen werden dürfe, oder aber, wenn aus der Verzögerung dem Prozessgegner eine unbillige Benachteiligung erwachse. Beide Bedingungen seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Die in Frage stehenden Beweismittel seien unbestrittenmassen erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens zur hier interessierenden Sache entstanden, weshalb es sich grundsätzlich um echte Noven handle, die ins Berufungsverfahren einzubringen der Beschwerdeführer berechtigt sei (KG act. 1 S. 3 Ziff. 3 lit. a).

Das Obergericht stellt in der gerügten Erwägung nicht fest, es handle sich vorliegend um ein beschleunigtes Verfahren im Sinne von § 22 GVG. Das Vorbringen, die Annahme des Obergerichts, es liege ein beschleunigtes Verfahren vor, sei objektiv falsch, willkürlich und aktenwidrig, zielt demnach ins Leere.

Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird. Dies gilt nach dem Wortlaut dieser Norm ausdrücklich auch hinsichtlich zivilrechtlicher Ansprüche. Im vorliegenden Fall ist die Stadt Y und damit eine öffentliche Körperschaft Gegenpartei. Sie kann aus Art. 6 EMRK keine Rechte ableiten (Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl / Strassburg / Arlington 1996, N 4 zu Art. 6 EMRK), so auch nicht das Recht, dass über Ansprüche, die gegen sie erhoben werden, rasch entschieden werde. Der Beschleunigungsgrundsatz findet sich jedoch auch in § 53 Abs. 1 ZPO. Dort wird zwar festgehalten, dieser gelte "in besonderem Masse" bei familienrechtlichen Prozessen sowie bei Prozessen, für welche das beschleunigte oder ein einfaches und rasches Verfahren vorgeschrieben sei, doch gilt der Grundsatz auch allgemein, also für Verfahren, für welche die beförderliche Prozess erledigung nicht "in besonde-

rem Masse" vorgeschrieben ist. Auch schliesst § 53 Abs. 1 ZPO einen Anspruch von Parteien, die öffentliche Körperschaften sind, auf beförderliche Erledigung nicht aus.

Der Beschwerdeführer reichte dem Bezirksgericht seine Beweisantragungsschrift am 21. Januar 2002 ein (BG act. 51). Die letzten Prozesshandlungen im Rahmen des Beweisverfahrens waren die Stellungnahmen der Parteien vom 5. und 26. November 2003 (BG act. 107 und 109) zu einem Ergänzungsgutachten. Die beiden im Berufungsverfahren neu eingereichten Gutachten datieren vom 21. November und 4. Dezember 2003 (OG act. 122/1 und 2), standen also dem Beschwerdeführer zur Zeit des Beweisantritts und auch während des gesamten ordentlichen Beweisverfahrens nicht zur Verfügung. Gemäss § 138 ZPO in Verbindung mit § 115 Ziff. 3 ZPO hätten die beiden Gutachten nachträglich eingereicht werden können. Da das erstinstanzliche Urteil noch nicht ergangen war, wäre dies, wie das Obergericht zutreffend festhält, bereits im bezirksgerichtlichen Verfahren möglich gewesen. Daraus lässt sich jedoch entgegen der Ansicht des Obergerichts nicht ohne weiteres schliessen, der Beschwerdeführer habe gegen Treu und Glauben gehandelt, indem er diese Gutachten erst nach Ergehen eines für ihn nachteiligen Urteils und damit erst im Berufungsverfahren eingereicht habe. Der erstinstanzliche Prozess war seit Ende November 2003 spruchreif und der Beschwerdeführer musste gewärtigen, dass die nachträgliche Einreichung der Gutachten zu einer allenfalls beträchtlichen Verzögerung der Urteilsfällung führen würde (Einholung einer Stellungnahme der Gegenpartei und allenfalls auch des gerichtlich bestellten Gutachters, möglicherweise auch Einholung eines gerichtlichen Ergänzungs- oder Obergutachtens, usw.). Dass der Beschwerdeführer in diesem Prozessstadiums die Fällung des Urteils abwartete, lag im Interesse einer beförderlichen Erledigung des erstinstanzlichen Verfahrens und stellt keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Prozessführung nach Treu und Glauben dar.

Die Voraussetzungen neuen Vorbringens im Berufungsverfahren gemäss § 267 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 138 ZPO und § 115 Ziff. 3 ZPO sind gegeben, da der Beschwerdeführer die beiden Gutachten nicht rechtzeitig, das heisst im ordentlichen Haupt- und Beweisverfahren vor Bezirksgericht einreichen konnte. Ei-

ne merkliche Verzögerung des Verfahrens dadurch, dass der Beschwerdeführer die Gutachten nicht bereits im bezirksgerichtlichen Verfahren einreichte, was geeignet gewesen wäre, jenes bereits spruchreife Verfahren allenfalls unnötig zu verzögern, ist nicht ersichtlich. Die beiden Gutachten waren somit im Berufungsverfahren als Noven zuzulassen.

Da das Obergericht im angefochtenen Urteil "der Vollständigkeit halber" auf die beiden Gutachten kurz eingeht, ihnen also doch Beachtung schenkt, kann die prozessrechtswidrige Bezeichnung derselben als prozessual unbeachtlich nicht zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde führen.

c) Der Beschwerdeführer hält dafür, die Feststellung des Obergerichts, die beiden neu eingereichten Gutachten äusserten sich nicht, worauf die vom Beschwerdeführer angegebenen Schmerzen und Behinderungen zurückgingen, sei unrichtig. Er habe bereits in der Berufungsschrift die massgeblichen Stellen aus dem Gutachten von Dr. J. zitiert. In seiner rheumatologischen Anamnese habe Dr. J. bezüglich der iatrogenen Patella-Längsfraktur festgehalten, es sei danach zu einem schlechten Verlauf mit chronischen Bewegungs- und Belastungsschmerzen gekommen. Im Rahmen der rheumatologischen Diagnose sei ausdrücklich die "Reststufenbildung von 1 - 2 mm im Bereich der Patella-Längsfraktur" erwähnt worden. Wenn dann im Rahmen der Beurteilung und Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit ausgeführt werde, der Residualzustand am Kniegelenk links sei biomechanisch mit den angegebenen Schmerzen vereinbar, es resultiere allein aus dem Kniegelenk eine erhebliche Minderbelastbarkeit, wobei eben auch bei sitzender Position mit flektiertem Kniegelenk durch die Druckwirkung auf die Patella Schmerzen verstärkt würden, etc., sei schlicht unerklärbar, weshalb das Obergericht einen Zusammenhang zur Patella-Längsfraktur, die ja im Rahmen der Diagnose ausdrücklich erwähnt worden sei, nicht sehen wolle. Es handle sich hier um eine aktenwidrige tatsächliche Annahme; allermindestens sei die Annahme, das Gutachten von Dr. J. erwähne keine Zusammenhang zur erfolgten Reposition in Fehlstellung (Stufenbildung) willkürlicher Art (KG act. 1 S. 4 lit. b).

Dr. M. J. hält als rheumatologische Diagnose fest (OG act. 121/1 S. 2 f.):

"Chronifiziertes therapieresistentes femoropatelläres Schmerzsyndrom bei

- Status nach arthroskopischer vorderer Kreuzbandplastik und Status nach Patellaosteosynthese bei iatrogenen Patellalängsfraktur am 10.2.97
- Status nach Teilmeniskektomie mediales Vorderhorn links am 1.10.97
- Reststufenbildung von 1 - 2 mm im Bereiche der Patellalängsfraktur
- Schonungsbedingte Ober- und Unterschenkelatropie links

..."

Dr. M. J. zählt also im Zusammenhang mit dem Schmerzsyndrom verschiedene Anomalien im linken Knie des Beschwerdeführers auf, worunter auch die Reststufenbildung. Er äussert sich jedoch nicht dazu, welchen Einfluss die einzelnen Anomalien auf die Schmerzbildung haben. Auch die vom Beschwerdeführer zitierte Feststellung von Dr. M. J., der Residualzustand am Kniegelenk sei biomechanisch mit den angegebenen Schmerzen vereinbar (OG act. 122/1 S. 3 Mitte), bezieht sich lediglich auf den Gesamtzustand des Knies des Beschwerdeführers, nicht aber auf einzelne Anomalien. Somit äussert sich Dr. M. J. nicht dazu, ob die Schmerzen auf den vom Beschwerdeführer erlittenen Unfall oder auf die Stufenbildung infolge Längsfraktur der Patella zurückzuführen seien. Die Feststellung des Obergerichts, die Gutachten sprächen sich über die Ursache der Schmerzen nicht aus, ist in diesem Sinne jedenfalls mit Bezug auf das Gutachten von Dr. M. J. vertretbar und damit nicht willkürlich. Sie beruht auch nicht auf einem blanken Irrtum im Sinne einer Aktenwidrigkeit. Auf Ausführungen im zweiten Gutachten, demjenigen von PD Dr. B. M. und Dr. E. J. (OG act. 122/2), nimmt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang keinen Bezug. Die Rüge ist damit unbegründet.

2. Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe bereits vor beiden Vorinstanzen dargelegt, dass das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen nicht schlüssig sei. Verwiesen sei auf die Eingabe vom 26. November 2003. Diese Stellungnahme sei vor dem Hintergrund ergangen, dass der Sachverständige in seinem ursprünglichen Gutachten vom 27. März 2003 ausgeführt habe, vorderer Knie-schmerz nach vorderer Kreuzbandoperation mit Patellatransplantat trete je nach Literaturangabe in bis zu 41 % der Fälle auf. Im ergänzenden Gutachten vom 15.

Oktober 2003 habe der Gutachter präzisierend / korrigierend festgehalten, auch bei seinen Patienten sei der vordere Kniegelenkschmerz eine zwar seltene aber doch bekannte Problematik. Es komme erfahrungsgemäss zu Schmerzen im vorderen Kniegelenk in leichter Form in 5 - 10% der Fälle. Die Mehrzahl dieser Patienten sei aber nach einer Beobachtungszeit von einigen Monaten wieder beschwerdefrei. Damit mache der Gutachter Ausführungen zu Sachverhalten, die mit dem vorliegenden, wo der Beschwerdeführer noch Jahre nach dem Ereignis und wohl auch in Zukunft über Schmerzen klage, nichts zu tun hätten und somit auch nicht als Beurteilungsgrundlage geeignet seien. Dies sei bereits in der Eingabe vom 26. November 2003 festgehalten worden. Es sei ausgeführt worden, die Persistenz der Beschwerden spreche dafür, dass als deren Ursache die fehlerhafte Reposition anzusehen sei. Namentlich sei ausgeführt worden, dass die Beurteilung des Gutachters, er erachte eine Gelenkstufenbildung von 1 mm in Längsrichtung nicht als Ursache der vom Patienten geschilderten Beschwerden, nicht schlüssig sei. Dies deshalb, weil der Gutachter ausgeführt habe, die Mehrzahl seiner Patienten seien nach einer gewissen Zeit wieder beschwerdefrei und keineswegs dargelegt habe, in wie vielen Fällen es angeblich zu Zuständen mit Dauerschmerzen, die dem entsprechen, was der Beschwerdeführer erleide, effektiv noch komme. Jedenfalls müsse von einer ganz geringen Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden. Darauf sei ebenfalls im Rahmen des Berufungsverfahrens eingegangen worden. Insbesondere sei in der Berufungsschrift gerügt worden, der Gutachter habe seine Ausführungen nicht begründet. Namentlich sei die Bezugnahme des Gutachters auf Fälle ohne Bruch der Kniescheibe mit Schmerzen in leichter Form als nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar bezeichnet worden. Zwar decke sich diese Darstellung des Gutachtens mit dem Inhalt eines Aufklärungsblattes, wonach bereits ab dem dritten Monat ein Gehen ohne Hinken möglich sein solle. Dies sei nun aber beim Beschwerdeführer nicht der Fall, weshalb sich der Schluss aufdränge, nur wegen der falschen Repositionierung der Kniescheibe seien die Beschwerden des Beschwerdeführers überhaupt nachvollziehbar.

Der Beschwerdeführer fährt fort, wenn das Obergericht auf Seite 11 unten des angefochtenen Urteils davon ausgehe, die Ausführungen des Gutachters seien

für den Laien überzeugend und kohärent, so übergehe es sämtliche der erwähnten Bemängelungen des Beschwerdeführers. Dies müsse umso mehr gelten, als der Beschwerdeführer nicht nur das Gutachten per se als nicht schlüssig bezeichnet habe, sondern insbesondere in seiner Eingabe vom 26. November 2003 auch einen Kontrast zu den Auffassungen der anderen beteiligten Ärzte, namentlich von Dr. H., des Kreisarztes der SUVA, der Ärzte der Klinik Balgrist und von Dr. W. dargelegt habe. Alle diese Ärzte gingen davon aus, es bestehe ein direkter Zusammenhang zwischen der Stufenbildung und den heutigen Beschwerden. Der Beschwerdeführer verweist auf verschiedene Beilagen zur Klageschrift. Namentlich in Beilage 1 zur Beweismittelleingabe halte Dr. W. fest, dass ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen der Stufe und den Beschwerden bestehe. An all diesen Ausführungen bzw. Verweisen werde festgehalten. Es werde damit dargetan, dass das Obergericht, indem es die Begutachtung durch Dr. Ho. als schlüssig bezeichne, im Ergebnis eine willkürliche tatsächliche Annahme treffe. Gleichzeitig übergehe das Obergericht sämtliche Einwendungen des Beschwerdeführers bzw. befasse sich nicht damit, indem eine Abwägung der Ausführungen des Gutachters mit denjenigen der anderen beteiligten Ärzte unterbleibe, was eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs darstelle (KG act. 1 S. 5 f. Ziff. 4).

Das Obergericht gibt im angefochtenen Urteil die wesentlichen Ausführungen des Gutachters Dr. Ho. wieder und hält diese als für den Laien überzeugend und kohärent. Es verweist auf die Erwägungen des Bezirksgerichts (OG act. 114 S. 14 ff.), wo sich dieses mit den Einwendungen des Beschwerdeführers überzeugend auseinandergesetzt habe. (Dort geht das Bezirksgericht unter anderem auf die vom Beschwerdeführer genannten Berichte verschiedener weiterer Ärzte ein.) Sodann befasst es sich mit den Vorbringen des Beschwerdeführers im Berufungsverfahren, soweit es diese als relevant erachtet (KG act. 2 S. 10 - 13). Aus diesen Erwägungen des Obergerichts greift der Beschwerdeführer die Feststellung heraus, das Gutachten von Dr. Ho. sei für den Laien überzeugend und kohärent und setzt dieser seinen eigenen Standpunkt entgegen. Er setzt sich aber mit den weiteren Erwägungen des Obergerichts nicht auseinander und zeigt damit nicht auf, dass diese willkürlich sein sollen. Der Umstand, dass das Obergericht den Ausführungen des gerichtlichen Gutachters folgt, obwohl der Beschwerdefüh-

rer einen anderen Standpunkt vertritt und dafür auf Äusserungen anderer Ärzte verweist, bedeutet nicht zum vornherein, dass das Obergericht das gerichtliche Gutachten in willkürlicher Weise würdigt. Indem das Obergericht auf die Ausführungen des Beschwerdeführers in der Berufungsbegründung eingeht, soweit es diese für relevant erachtet, und zudem auf die aus seiner Sicht überzeugende Auseinandersetzung des Bezirksgerichts mit den vom Beschwerdeführer vor Bezirksgericht erhobenen Einwänden verweist, nimmt es vom Standpunkt des Beschwerdeführers und seinen diesbezüglichen Vorbringen Kenntnis. Die Rügen der willkürlichen Beweiswürdigung und der Verweigerung des rechtlichen Gehörs sind unbegründet.

3. Das Obergericht hält fest, Dr. Ho. habe den Beschwerdeführer nicht persönlich untersucht. Der bezirksgerichtliche Referent habe dem Gutachter bei der schriftlichen Instruktion mitgeteilt, eine erneute ärztliche Untersuchung sei "einstweilen nicht vorgesehen". Dann aber ergänzend beigefügt: "Sollte Ihnen die Beantwortung der nachfolgend gestellten Fragen ohne eigene Untersuchung des Klägers nicht möglich sein, bitten wir Sie um ... Benachrichtigung..." (BG act. 87 S. 2). Dr. Ho. habe seinem Gutachten unter anderem die Bemerkung vorangestellt, "eine ärztliche Untersuchung des Klägers habe ich nicht vorgenommen" (BG act. 90 S. 1). Dass er die Fragen dann einzeln beantwortet habe, könne nur heissen, dass er eine solche Untersuchung als nicht notwendig angesehen habe. Der Beschwerdeführer zeige nicht auf, was denn der Gutachter hätte untersuchen sollen. Den Antrag, er wolle erneut persönlich untersucht werden, habe er erst im Vorfeld der Instruktion des Gutachters gestellt (BG act. 84), nach Ablauf der Frist zur Nennung der Beweismittel und als selbständiges Beweisangebot daher verspätet (KG act. 2 S. 14).

Der Beschwerdeführer rügt diese Erwägung als willkürlich. Mit Eingabe vom 21. Januar 2002 habe er zu verschiedenen Beweissätzen eine Expertise verlangt. Dies mit der selbstverständlichen Prämisse, es erfolge wie üblich eine Untersuchung des Beschwerdeführers durch den Gutachter. In der Folge habe das Gericht dies so aufgenommen und mit Beschluss vom 17. Mai 2002 die Parteien aufgefordert, Vorschläge zur Person des Gutachters zu unterbreiten. Erst im Ent-

wurf vom 22. Oktober 2002 zum Gutachtensauftrag habe das Bezirksgericht ausgeführt, eine erneute ärztliche Untersuchung des Beschwerdeführers sei grundsätzlich nicht vorgesehen. Dagegen habe der Beschwerdeführer am 4. November 2002 remonstriert und den Antrag gestellt, er sei vom Gutachter persönlich zu untersuchen. Wenn das Obergericht nun gestützt auf diese Eingabe davon ausgehe, der entsprechende Antrag sei als selbständiges Beweisangebot verspätet, verletze es den Anspruch auf Einhaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Selbst das Bezirksgericht sei nämlich nicht davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe den in Frage stehenden Antrag nicht gestellt; vielmehr habe es in seinem Beschluss vom 20. November 2002 festgehalten, der Gutachter werde "einstweilen" nicht ermächtigt, den Beschwerdeführer persönlich zu untersuchen. Damit sei aber erstellt, dass der Antrag des Beschwerdeführers auf Durchführung einer Expertise nur so zu verstehen sei, dass im Rahmen dieser Begutachtung eine persönliche Untersuchung stattfinden solle. Anders könne nur willkürfrei entschieden werden, wenn der Beschwerdeführer zum Ausdruck gebracht hätte, dass er lediglich eine aktenmässige Überprüfung wünsche. Genau dies habe er aber keineswegs gewollt, geschweige denn kundgetan. Damit liege eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs vor. Beschwerdeführer fühle sich der Beschwerdeführer insbesondere deshalb, weil er geltend machen könne, dass sämtliche anderen Ärzte, welche ihn persönlich untersucht hätten, dazu gelangt seien, einen Zusammenhang zwischen der Stufenbildung und den Schmerzen zu bejahen. Insbesondere spreche Dr. J. in einem Gutachten von einem deutlichen Schonhinken links, einer deutlichen retropatellären Druckschmerzhaftigkeit mit angedeutetem Reiben retropatellär, was - wollte man auf die Ausführungen von Dr. J. nicht abstellen - erneut gutachterlich zu überprüfen bzw. zu erheben wäre. Werde dies verweigert, so werde der Gehörsanspruch des Beschwerdeführers, namentlich der Anspruch auf Beweisführung, vereitelt (KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 5).

Die Erstellung eines ärztlichen Gutachtens ist oft, vielleicht sogar mehrheitlich, mit einer Untersuchung des Patienten durch den Gutachter verbunden. In dem Sinne mag es zutreffen, dass der Beschwerdeführer, als er die Einholung eines Gutachtens verlangte, erwartet hatte, dass auch im vorliegenden Fall eine Untersuchung erfolgen werde. In dem Sinne erscheint es als reichlich formalistisch, wenn

das Obergericht den vom Beschwerdeführer im Rahmen der Experteninstruktion gestellten Antrag auf Untersuchung durch den Gutachter als selbständigen Antrag und als verspätet behandelt. Das Begehren um ärztliche Untersuchung durch den Gutachter kann ebenso als Präzisierung des Antrages auf Einholung eines Gutachtens verstanden werden, nachdem für den Beschwerdeführer erkennbar wurde, dass das Bezirksgericht eine ärztliche Untersuchung durch den Gutachter nicht als selbstverständliche Handlung im Rahmen der Gutachtenserstellung erachtete.

Eine Untersuchung des Patienten durch den Gutachter ist jedoch, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, nicht selbstverständlich und nicht in jedem Fall geboten. Sind frühere ärztliche Untersuchungen gut dokumentiert, so kann der Gutachter auf diese abstellen und es ist nicht zu beanstanden, wenn er auf unnötige Untersuchungshandlungen verzichtet. In dem Sinne ist ebenfalls nicht zu beanstanden, wenn das Bezirksgericht den Gutachter einstweilen nicht auffordert, eine ärztliche Untersuchung vorzunehmen, jedoch festhält, es wüßte eine Benachrichtigung durch den Gutachter, sollte dieser die ihm gestellten Fragen nicht ohne eigene Untersuchung beantworten können. Das Obergericht hält fest, der Beschwerdeführer habe nicht aufgezeigt, was der Gutachter hätte untersuchen sollen. Darauf geht der Beschwerdeführer nicht ein und bringt insbesondere nicht vor, welche tatsächlichen Erkenntnisse, die sich nicht bereits aus den ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen ergeben, der Gutachter mit einer eigenen Untersuchung hätte gewinnen können, und dass der Beschwerdeführer solches bereits vor Bezirksgericht und vor Obergericht aufgezeigt habe. Der Hinweis des Beschwerdeführers im Kassationsverfahren auf Ausführungen von Dr. J. nützt hier nichts. Selbst wenn der Antrag auf persönliche Untersuchung des Beschwerdeführers durch den Gutachter als rechtzeitig gestellt entgegengenommen worden wäre, hätten die Vorinstanzen ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes von der Anordnung der verlangten Untersuchung absehen können.

4. Der Beschwerdeführer führte in der Berufungsbegründung aus, er habe in seiner Eingabe vom 26. November 2003 an das Bezirksgericht den Eventualantrag gestellt, an welchem er festhalte, es sei ein neuer Gutachter zu bestellen. Dies

deshalb, weil das Gutachten nicht schlüssig sei (OG act. 121 S. 9 Ziff. 10 Abs. 4). Er rügt im Kassationsverfahren, das Obergericht befasse sich mit diesem Antrag nicht, was eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs darstelle (KG act. 1 S. 8 oben Ziff. 6).

In der Tat befasst sich das Obergericht nicht ausdrücklich und nicht gesondert mit diesem Antrag. Es setzt sich jedoch, wie schon ausgezeigt, ausführlich mit dem fraglichen Gutachten auseinander und bezeichnet dieses als kohärent. Damit widerspricht es der Ansicht des Beschwerdeführers, das Gutachten sei nicht schlüssig und damit auch der Begründung des fraglichen Antrags. Die Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist unbegründet.

5. Das Klagebegehren vor Bezirksgericht lautete auf Zahlung von Fr. 100'000.-- nebst Zins, dasjenige vor Obergericht auf Zahlung von Fr. 770'903.-- nebst Zins. Das Obergericht trat auf die Klage insofern nicht ein, als das Begehren Fr. 100'000.-- übersteige. Der Beschwerdeführer rügt die Verweigerung der Erhöhung des Streitwertes als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes und argumentiert mit der Möglichkeit der Rückweisung der Sache an das Bezirksgericht. In diesem Fall hätte der Prozess im ursprünglichen Stand seine Fortsetzung gefunden. Danach sei eine Klageänderung nicht nur während des ganzen erstinstanzlichen Verfahrens zulässig, sondern auch nach Aufhebung eines Entscheids im Rechtsmittelverfahren und Rückweisung des Prozesses an die Vorinstanz zu Ausfällung eines neuen Urteils. Deshalb sei eine Beschränkung des Streitwerts durch das Obergericht nicht zulässig.

Das Obergericht wies die Klage ab. Die diesbezüglich im Kassationsverfahren vorgebrachten Rügen sind unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann. So bleibt es beim abweisenden Urteil und es erfolgt jedenfalls keine Rückweisung an das Bezirksgericht. Der Beschwerdeführer wird für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Gerichtsgebühr und die Entschädigung an die Gegenpartei richteten sich nach dem Streitwert. Der Beschwerdeführer profitiert damit im Ergebnis vom Beschluss des Obergerichts, auf die Klage nicht einzutreten, soweit sie Fr. 100'000.-- übersteigt, indem das Obergericht den Kosten- und Entschädigungsfolgen in der Hauptsache nicht einen Streitwert von Fr.

770'903.-- zugrundelegt. Jedenfalls wird er durch diesen Entscheid nicht beschwert. Auf die Rüge ist deshalb nicht einzutreten.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind infolge der für das Kassationsverfahren gewährten unentgeltlichen Prozessführung auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 85 Abs. 1 ZPO). Sodann ist dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (§ 89 Abs. 2 ZPO). Bezüglich der Gerichtskosten und der Entschädigung für den unentgeltlichen Rechtsvertreter bleibt eine Nachzahlungspflicht für den Fall, dass der Beschwerdeführer in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt, vorbehalten (§ 92 ZPO)

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 646.-- Schreibgebühren,
Fr. 304.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Rechtsanwalt lic. iur. Michael Ausfeld wird eine Entschädigung von Fr. 3'500.-- für dessen Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Beschwerdeführer aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht X, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: