

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB090054-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Urteil vom 23. Juni 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung/Rückweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung vom 23. Januar 2007; Proz. CG020218

Rückweisungsbeschluss des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 10. Juli 2009; Proz. AA080130

Rechtsbegehren:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung nebst Zins zu 5% seit dem 16.9.1993 in einer nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Höhe zu bezahlen. (Streitwert über Fr. 30'000.--)
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin die weiteren Schadenersatzforderungen aus der Behandlung beim Beklagten im Jahre 1993 vorbehält.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, einschliesslich Fr. 471.-- vorprozessuale Anwaltskosten und der Weisungskosten, zulasten des Beklagten.

(act. 2 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 23. Januar 2007:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 35'000.-- nebst 5 % Zins seit 16. September 1993 zu bezahlen.
Im übersteigenden Betrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 7'850.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'712.-- Schreibgebühren
Fr. 617.-- Zustellgebühren
Fr. 480.-- Vorladungsgebühren
Fr. 570.-- Barauslagen
3. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Hälfte der Weisungskosten (mithin den Betrag von Fr. 235.50) zu ersetzen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 123 S. 39 f.)

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Appellanten (act. 130 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Januar 2007 (Prozess Nr. CG020218) sei aufzuheben und die Klage abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Der Klägerin und Appellatin (act. 135 S. 2):

- "1. Die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. Januar 2007 sei zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. Der Beklagte operierte die Klägerin am 16. September 1993 an der rechten Hüfte. Er entfernte dabei einen Teil von Verkalkungen sowie einen Schleimbeutel. Sodann führte er eine Tractopexie durch. Dies ist eine chirurgisch-orthopädische Behandlung einer „schnellenden Hüfte“, d.h. eines über den Oberschenkelknochen schnellenden Muskels; dabei wird der Muskel am Oberschenkelknochen neu befestigt. Der Beklagte hatte die Klägerin bereits zwei Mal vorher operiert (erste Tractopexie im Jahre 1973 und Meniskusoperation im Jahre 1980).

Nach der Operation traten bei der Klägerin Probleme beim Sitzen und Gehen auf, sie verspürte Schmerzen im Gesäss und am Bein. Dies veranlasste sie, sich im November 1993 während zwei Wochen im medizinischen Zentrum C._____ behandeln zu lassen; die Therapie wurde zwei Mal wöchentlich fortgesetzt. In der Folge wurde die Klägerin von mehreren Ärzten und Kliniken untersucht bzw. behandelt. Am 22. Dezember 1993 wurde sie auf Vorschlag des Beklagten durch Prof. Dr. med. D._____ (E._____ -Klinik ...) untersucht, welcher die Untersuchung durch Abklärungen des Neurologen Prof. Dr. med. F._____ bis September 1994 an der gleichen Klinik ergänzen liess. Im Jahre 1995 liess die Klägerin die andauernden Beschwerden durch Prof. Dr. med. G._____ in der or-

thopädischen Klinik des ...krankenhauses in H._____ (I._____ [Staat in Europa]) behandeln. Dieser führte schliesslich eine weitere Operation an der rechten Hüfte der Klägerin durch, bei welcher er erneut Verkalkungen der Gelenkmuskulatur entfernte. Gleichzeitig entnahm er auch zwei Muskelproben, welche an zwei verschiedenen ... Universitätsinstituten [in I._____] ausgewertet wurden. Auf Antrag der Klägerin vergab die Gutachterstelle der Verbindung der Schweizer Ärzte im Juli 1996 einen Gutachtensauftrag an die Klinik für orthopädische Chirurgie des Kantonsspitals J._____. Das Gutachten wurde am 8. November 1996 von Chefarzt Dr. med. K._____ und Oberarzt Dr. med. L._____ erstattet. Im Juni 1997 hielt sich die Klägerin nochmals einige Tage zur stationären Behandlung im ...krankenhaus in H._____ auf. Am 6. März 1999 äusserte sich PD Dr. M._____, Oberarzt an der Orthopädischen Universitätsklinik N._____ (I._____), in einer wissenschaftlichen Stellungnahme zu diversen Fragen, welche die Klägerin ihm unterbreitet hatte.

2.1 Am 16. Oktober 2002 erhob die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich Klage gegen den Beklagten, mit welcher sie von diesem die Bezahlung einer nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Genugtuung verlangte (act. 1 und 2). Nach Durchführung des schriftlichen Hauptverfahrens und eines Beweisverfahrens fällte die Vorinstanz am 23. Januar 2007 das oben aufgeführte Urteil, mit welchem sie den Beklagten verpflichtete, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 35'000.-- zu bezahlen (act. 123).

2.2.1 Mit Eingabe vom 13. Februar 2007 erhob der Beklagte gegen dieses Urteil rechtzeitig die Berufung (act. 124). Das Verfahren wurde unter der Prozessnummer LB070023 geführt (act. 122 - act. 170). Mit seiner Berufungsbegründung beantragte er, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen (act. 130 S. 2). Demgegenüber lautete der Antrag der Klägerin, die Berufung zurückzuweisen, d.h. – sinngemäss – das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen (act. 135 S. 2). Sie focht damit die Abweisung ihrer Klage im Fr. 35'000.-- (nebst Zins zu 5% seit dem 16. September 1993) übersteigenden Betrag (Dispositivziffer 2 Absatz 2) nicht an. Das weitere Berufungsverfahren wurde schriftlich durchge-

führt; es fand seinen Abschluss am 19. November 2007 mit Eingang der Stellungnahme des Beklagten zur Berufungsduplik (act. 154).

Mit Beschluss vom 10. Juni 2008 wurde vorgemerkt, dass das angefochtene erstinstanzliche Urteil insofern rechtskräftig ist, als damit die Klage im Fr. 35'000.-- nebst 5% Zins seit 16. September 1993 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde (act. 173 S. 22). Am gleichen Tag fällte die Kammer das Urteil in dieser Sache. Damit wurde die Klage abgewiesen, die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren der Klägerin auferlegt und diese verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung für beide Verfahren von Fr. 22'500.-- zu bezahlen (act. 173 S. 22).

2.2.2 Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin am 26. August 2009 Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (act. 171/1). Mit Beschluss vom 10. Juli 2009 hiess diese Instanz die Beschwerde gut, hob das angefochtene Urteil vom 10. Juni 2009 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Kammer zurück (act. 174). Das Berufungsverfahren wurde unter der Prozessnummer LB090054 fortgesetzt.

Im Sinne der Erwägungen des Rückweisungsentscheides des Kassationsgerichtes (act. 174 S. 6 ff. Ziffer 2.4) beschloss die Kammer am 16. September 2009 ein medizinisch-orthopädisches Gutachten zu den Beweissätzen 13, 14, 17 und 18 gemäss dem Beschluss der Vorinstanz vom 9. Februar 2005 (act. 76) einzuholen (act. 175). Zum Gutachter wurde der von beiden Parteien vorgeschlagene Prof. Dr. O._____, Chefarzt der Klinik für orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates des Kantonsspitals P._____ ernannt (Beschluss der Kammer vom 2. Dezember 2009, act. 183). Der Gutachtensauftrag erfolgte am 7. Januar 2010 (act. 187). Mit Verfügung vom 25. Februar entschied der Referent, die von der Klägerin beantragten Ergänzungsfragen (act. 196) dem Gutachter nicht zu unterbreiten, da sie nicht dem Beweisthema entsprachen (act. 197). Am 23. November 2010 ging das Gutachten von Prof. Dr. med. O._____ vom 12. November 2010 (act. 204) bei der Kammer ein. Die Klägerin nahm mit Eingabe vom 17. Januar 2011 (act. 212), der Beklagte mit Eingabe vom 27. Januar 2011 (act. 213) zum Gutachten Stellung.

2.2.3 Am 1. Januar 2011 trat die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Die vorliegende Berufung wurde bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes bei der hiesigen Instanz anhängig gemacht und auch die Rückweisung durch das Kassationsgericht erfolgte vor diesem Zeitpunkt. Das Berufungsverfahren richtet sich demnach weiterhin nach den Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH). Für die gegen diesen Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gilt demgegenüber das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO) und damit vorliegend das Bundesgerichtsgesetz. Solange die schweizerische Zivilprozessordnung noch nicht anwendbar ist, gilt dies auch für deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010, OS 211.1). Diesbezüglich gelten demnach die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich (GVG) vom 13. Juni 1976.

II.

1. Die Klägerin begründete ihre Klage zusammengefasst wie folgt: Seit der Operation vom 16. September 1993 leide sie an einer Muskelatrophie, welche sie in ihrer beruflichen Tätigkeit und auch in der Haushaltsführung stark beeinträchtige. Betroffen von diesem Muskelschwund seien die Gesässmuskeln glutaeus medius und minimus. Diese körperliche Beeinträchtigung bzw. die daraus resultierenden Beschwerden seien durch die Operation entstanden. Ursache für den Muskelschwund sei eine Läsion des Nervus glutaeus superior, welcher diese Muskeln versorge. Wenn der Beklagte diesen Nerv nicht direkt verletzt habe, so habe er zumindest dessen Schädigung durch Zug und Belastung zu verantworten. Zudem habe er die Operation ohne die entsprechende Diagnose durchgeführt und dieser Eingriff sei gar nicht notwendig gewesen. Schliesslich habe er nicht lege artis operiert. Sodann habe der Beklagte, ohne sie zu informieren, die Operation auf eine Tractopexie ausgeweitet. Er habe sie auch nicht auf das Risiko einer Nerven-

schädigung und die Möglichkeiten einer vorerst konservativen, risikolosen Therapie hingewiesen. Damit habe sie nicht die Möglichkeit gehabt, die Vor- und Nachteile der beiden Varianten gegeneinander abzuwägen. Aus diesen Gründen hafte der Beklagte ihr für den durch diese Operation entstandenen Schaden und schulde ihr eine Genugtuung.

2. Demgegenüber bestritt der Beklagte die behaupteten Haftungsvoraussetzungen. Er habe weder seine Aufklärungs- noch seine Sorgfaltspflichten verletzt. Die Indikation zur zweiten Tractopexie sei gegeben gewesen. Er habe die Klägerin auch genügend aufgeklärt, eventualiter müsse von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen werden. Es lasse sich auch weder eine direkte noch eine indirekte Schädigung des fraglichen Nervs nachweisen.

III.

1. Die Vorinstanz ging in ihrem Urteil davon aus, dass die Haftung des Beklagten zu bejahen sei, wenn er seine Aufklärungspflicht über Inhalt, Folgen und Risiken der Operation vom 16. September 1993 verletzt hätte bzw. wenn anzunehmen wäre, dass die Klägerin bei ordnungsgemässer Aufklärung in den Eingriff nicht eingewilligt hätte (hypothetische Einwilligung). Auf Grund des Ergebnisses des Beweisverfahrens kam das Bezirksgericht zum Schluss, dass für die Entfernung eines Teils der Verkalkungen und eines Schleimbeutels eine rechtfertigende Einwilligung der Klägerin bestand, für die Tractopexie ihr Einverständnis nicht nachgewiesen sei; auch der beklagtische Beweis für eine entsprechende hypothetische Einwilligung sei gescheitert. Auf Grund des FMH-Gutachtens und der Aussagen des Zeugen Dr. Q. _____ sowie des allgemeinen Umstandes, dass sich körperliche Beeinträchtigungen, die unmittelbar an einen konkreten Eingriff anschliessen, ein gewichtiges Indiz bilden, wird im angefochtenen Urteil der natürliche Kausalzusammenhang zwischen der Tractopexie und der Verschlechterung des Gesundheitszustands der Klägerin bejaht. Die rechtliche Adäquanz zwischen dem unbewilligten Operationsteil und den erlittenen Beeinträchtigungen der Klägerin betrachtete die Vorinstanz als auf der Hand liegend. Da die Vorinstanz somit

die Voraussetzungen für die Haftung des Beklagten als nachgewiesen betrachtete und die bleibende körperliche Beeinträchtigung und der daraus resultierende seelische Druck als massive immaterielle Unbill qualifizierte, sprach sie der Klägerin eine Genugtuung zu, deren angemessenen Betrag sie auf Fr. 35'000.-- festsetzte.

2. Der Beklagte ficht mit seiner Berufung den vorinstanzlichen Entscheid über die Verletzung seiner Aufklärungspflicht ausdrücklich nicht an (act. 130 S. 4). Er bestreitet jedoch, dass die andauernden Schmerzen und Beeinträchtigungen der Klägerin auf die Operation zurückzuführen seien. Da die Muskelatrophie bereits vor der Operation bestanden habe, könne diese nicht kausal für die Entstehung des Muskelschwunds gewesen sei. Der Nervus glutaeus superior und die Hüftabduktorenmuskeln seien durch die Operation nicht verletzt worden. Die Ursache der Beschwerden der Klägerin sei medizinisch nicht erklärbar. Demgegenüber hält die Klägerin an ihrem Standpunkt fest, dass ihre Muskelatrophie durch die Operation verursacht worden sei, und zwar durch eine Läsion des Nervus glutaeus superior.

3. Zentrale strittige Frage ist somit im vorliegenden Berufungsverfahren der natürliche Kausalzusammenhang zwischen den chronischen körperlichen Beeinträchtigungen der Klägerin und der vom Beklagten anlässlich der Hüftoperation am 16. September 1993 ausgeführten Tractopexie.

IV.

1.1 Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Bezahlung einer Genugtuung. Eine solche kann das Gericht bei Körperverletzung dem Verletzten unter Würdigung der besonderen Umstände gestützt auf Art. 47 OR zusprechen, wenn die üblichen Haftungsvoraussetzungen, unter anderem auch die Widerrechtlichkeit des Eingriffs in die körperliche Integrität und der (natürliche und adäquate) Kausalzusammenhang gegeben sind (BSK OR I, Anton K. Schnyder, N. 14 zu Art. 47).

1.2 Eine ärztliche Operation bzw. ein chirurgischer Eingriff, wie er bei der Klägerin vorgenommen wurde, ist ein Eingriff in die körperliche Integrität, die ein absolut geschütztes Rechtsgut darstellt. Ein solcher Eingriff ist grundsätzlich widerrechtlich, es sei denn, es bestehe ein Rechtfertigungsgrund. Im medizinischen Bereich besteht die Rechtfertigung des Eingriffs meistens in der Einwilligung des Patienten. Damit diese wirksam ist, muss sie nach einer umfassenden Aufklärung erfolgt sein, was voraussetzt, dass der Arzt den Patienten über den Eingriff ausreichend unterrichtet, damit dieser seine Zustimmung dazu in Kenntnis der Sachlage geben kann. Gemäss Lehre und ständiger Rechtsprechung gehört die Aufklärungspflicht zu den vertraglichen Pflichten des Arztes. Es obliegt ihm zu beweisen, dass er den Patienten ausreichend aufgeklärt und dass er vor dem Eingriff eine Einwilligung erhalten hat, die der Patient in voller Kenntnis der Umstände abgegeben hat. Liegt keine solche Zustimmung vor, räumt die Rechtsprechung dem Arzt die Möglichkeit ein, sich auf eine hypothetische Einwilligung des Patienten zu berufen. Der Arzt muss in diesem Fall nachweisen, dass der Patient auch dann in die Operation eingewilligt hätte, wenn er in gebührender Weise aufgeklärt worden wäre. Die Beweislast liegt auch hier beim Arzt, wobei der Patient bei diesem Beweis mitwirken muss, indem er glaubhaft macht oder wenigstens die persönlichen Gründe anführt, warum er sich der Operation widersetzt hätte. Der Arzt, der ohne Informationen und ohne Einwilligung des Patienten operiert, handelt widerrechtlich und haftet für den angerichteten Schaden, ob nun in seinem Verhalten eine Verletzung seiner Pflichten als Beauftragter oder eine Verletzung absoluter Rechte, somit eine unerlaubte Handlung, gesehen wird. Das widerrechtliche Verhalten betrifft den ganzen Eingriff und damit alle einzelnen Handlungen, aus denen er sich zusammen setzt, mögen sie auch medizinisch korrekt ausgeführt worden sein (BGE 133 III 121 E. 4.1).

Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil festgehalten, dass der Beklagte den Beweis nicht erbracht habe, dass er die Klägerin hinreichend über die geplante Trac-topexie und deren möglichen Folgen aufgeklärt habe. Somit habe es an einer rechtfertigenden Einwilligung für diesen Teil der Operation gefehlt; die Klägerin habe einzig in die Entfernung eines Teils der Verkalkungen und eines Schleimbeutels eingewilligt (act. 123 S. 20 ff.). Des Weiteren erachtete das Bezirksgericht

den dem Beklagten auferlegten Beweis für die hypothetische Einwilligung als gescheitert (act. 123 S. 27 f.). Wie erwähnt wird dieses Beweisergebnis vom Beklagten im Berufungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt, weshalb von diesem Sachverhalt auszugehen ist. Der operative Eingriff des Beklagten vom 16. September 1993, soweit er die Tractopexie betraf, war somit widerrechtlich.

1.3 Zwischen einem die Haftung begründenden Umstand und der rechtswidrigen Körperschädigung (bzw. deren Folgen), für welche eine Genugtuung verlangt wird, muss das Verhältnis von Ursache und Wirkung bestehen (ursächlicher Zusammenhang, Kausalzusammenhang). Der natürliche Zusammenhang ist gegeben, wenn ein Verhalten (Umstand) unabdingbare Voraussetzung (conditio sine qua non) für das geltend gemachte Schadensereignis ist. Dabei genügt der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BSK OR I, Anton K. Schnyder, N. 15a zu Art. 41).

1.4 Nach den vorstehend erwähnten rechtlichen Grundsätzen haftet somit der Beklagte für den aus dem chirurgischen Eingriff resultierenden Schaden der Klägerin, und zwar auch dann, wenn er die Operation lege artis, d.h. ohne Verletzung seiner Sorgfaltspflichten, durchgeführt hat. Es ist somit nur die Frage des (natürlichen) Kausalzusammenhangs zwischen der vom Beklagten ohne Einwilligung der Klägerin an deren rechten Hüfte vorgenommenen Tractopexie und den körperlichen Beeinträchtigungen und den andauernden körperlichen Beschwerden der Klägerin zu prüfen.

2. Nach ihrer Darstellung leidet die Klägerin seit der Operation an einer Atrophie (Rückbildung, Schwund) der Hüftspreizmuskeln (Musculus gluteus medius und minimus). Sie sei wegen der schmerzhaften Funktionsstörung des rechten Hüftgelenks, die in den ersten drei Jahren zugenommen habe, jetzt seit drei Jahren stabil sei, auf die tägliche Einnahme von Schmerzmitteln angewiesen und müsse zum Gehen einen Stock benützen. Sie sei nicht mehr in der Lage gewesen, ihren Beruf voll auszuüben, habe eine halbe IV-Rente bezogen und könne sich sportlich nicht mehr betätigen. Schliesslich könne sie kaum mehr Haushaltarbeiten erledigen (act. 2 S. 11 f. und S. 22, act. 135 S. 15 f.).

Entgegen seiner unbelegten Behauptung in der Berufungsbegründung (act. 130 S. 22) hat der Beklagte diesen gesundheitlichen Zustand bzw. dessen Folgen für die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten (vgl. act. 16 S. 35 ff. und S. 51 f.). Es ist somit davon auszugehen (vgl. FMH-Gutachten, act. 4/2 S. 3 f., S. 9 und S. 11). Letztlich kann der Entscheid bezüglich dieses Sachverhalts aber offen bleiben, da - wie nachfolgend auszuführen ist - eine Haftung des Beklagten für diese Beeinträchtigungen auf Grund des fehlenden Nachweises der Kausalität ohnehin zu verneinen ist.

Die im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Behauptung der Klägerin, dass sie inzwischen voll invalid und pensioniert sei (act. 135 S. 15), bestreitet der Beklagte und bezeichnet sie als unzulässiges Novum (act. 142 S. 34). Wie es sich damit verhält, braucht nicht entschieden zu werden, da die Klägerin aus diesem Umstand nichts zu ihren Gunsten ableitet, insbesondere verlangt sie deswegen keine höhere Genugtuung (act. 148 S. 24). Sollte dieser Sachverhalt jedoch zutreffen, d.h. sollte die Klägerin erst nach dem Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens voll invalid geworden und pensioniert worden sein, so wäre dies gemäss § 267 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 115 Ziffer 3 ZPO ein zulässiges neues Vorbringen.

3.1 Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, dass durch die Operation (Tractopexie) der Nervus glutaeus superior, d.h. derjenige Nerv, welcher die Gesässmuskeln versorge, verletzt worden sei. Der Beklagte habe den Nerv zwar nicht direkt verletzt, sondern es sei ein schleichender Dehnungsschaden entstanden, der über Monate zum kompletten Ausfall des Nervs geführt habe. Dadurch habe sich das Gewebe dieser Muskeln verfettet und so sei die Degeneration der Muskeln bzw. der Muskelschwund (Muskelatrophie) eingetreten (act. 135 S. 5 f., act. 148 S. 3 und S. 15 f., act. 37 S. 11 f., act. 2 S. 13). Der Beklagte bestreitet, dass bei der im Rahmen dieser Operation durchgeführten Tractopexie dieser Nerv verletzt worden sei (act. 142 S. 8, S. 10 ff., act. 16 S. 44).

Zu prüfen ist im Folgenden somit zunächst, ob der natürliche Kausalzusammenhang zwischen der fraglichen Operation vom 16. September 1993 und der Atrophie der Hüftspreizmuskeln der Klägerin besteht. Kein Streitpunkt hingegen

ist, dass die von der Klägerin geltend gemachten Beeinträchtigungen der Gehfähigkeit, die chronischen Schmerzen und die daraus resultierende Einschränkungen bezüglich der Erwerbstätigkeit, Sportausübung und Haushaltsführung Folgen dieser Atrophie sein können. Diesen Zusammenhang stellt der Beklagte nicht in Frage.

3.2.1 Die Klägerin beruft sich zur Begründung der (indirekten) Verletzung des fraglichen Nervs zunächst auf die wissenschaftliche Stellungnahme von PD Dr. med. M._____, Oberarzt an der orthopädischen Universitätsklinik N._____ vom 6. März 1999 (act. 4/17). Gestützt darauf macht sie geltend, die erste Tractopexie von 1973 habe zu einer Narbenbildung im Operationsgebiet geführt. Der Nerv sei danach in ein Narbengewebe eingebettet, aber noch leistungsfähig gewesen. Bei der Operation 1993 sei bei der Festigung des Musculus tractus ein erheblicher Zug an der Fascie entstanden, der eine erneute Änderung der anatomischen Situation im vernarbten Gebiet bewirkt habe. Da der im Narbengewebe eingebettete Nerv wenig verschieblich sei, habe er dem Druck nicht mehr ausweichen können. So sei ein schleichender Dehnungsschaden entstanden, der im vorliegenden Fall über Monate zum kompletten Ausfall des Nervs und zur Degeneration der Muskeln geführt habe (act. 2 S. 11 ff., act. 37 S. 12, act. 135 S. 5, act. 148 S. 15; vgl. act. 4/17 S. 17 ff.).

Der Beklagte bestreitet dieses Vorbringen. Es treffe nicht zu, dass der Nerv als Folge der Operation in ein Narbengewebe eingebettet gewesen sei. Denn dieser liege weitab vom Operationsgebiet einer Tractopexie entfernt, und er habe den Sicherheitsabstand über dem Oberschenkelknochen sowohl bei der ersten als auch bei der zweiten Operation eingehalten. Der Erklärungsversuch von PD Dr. M._____ sei auch mit Unsicherheiten behaftet. Seine Ausführungen seien in neurologischer Sicht nicht nachvollziehbar, da sich entgegen seiner Auffassung der Ausfall motorischer Nerven, also auch des Nervus glutaeus superior, durch neurophysiologische Untersuchungen grundsätzlich nachweisen liesse, diese Untersuchungen aber keine Hinweise auf eine Beeinträchtigung des Nervs ergeben hätten (act. 16 S. 37 f., act. 142 S. 22 f.).

3.2.2 Auf Grund dieser "wissenschaftlichen Stellungnahme" von PD Dr. M. _____ kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass der fragliche Nerv durch die Operation verletzt wurde. So bezeichnet der Verfasser seine Ausführungen selber nur als "Erklärungsversuch" und die beschriebene Schadensgenese als "für wahrscheinlichst" (act. 4/17 S. 16). Zudem weist er selber auf "bleibende Unschlüssigkeiten" hin (act. 4/17 S. 20). Es erscheint auch zumindest zweifelhaft, ob der Nerv in ein Narbengewebe von der ersten Operation eingebettet gewesen sei, wie PD Dr. M. _____ annahm (act. 4/17 S. 18), da laut dem FMH-Gutachten die Narbe aus beiden Operationen nur 4 cm über die Trochanterspitze reichte, mithin der Beklagte den unbestrittenen Sicherheitsabstand von 5 cm über dem Oberschenkelknochen (act. 142 S. 22, vgl. act. 4/17 S. 15 und act. 4/6/3) einhielt, und der Nerv laut diesem Gutachten "weit-ab vom Operationsgebiet liegt" (act. 4/2 S. 4 und S. 10). Die Überzeugungskraft dieses Beweismittels wird auch durch die nachfolgenden zu behandelnden Umstände entscheidend in Frage gestellt.

Im Übrigen reicht auch die im Schreiben von Prof. F. _____ vom 10. Oktober 1994 (act. 149/1) zitierte Äusserung eines Pathologen: "... Herr Dr. R. _____ denkt aetiologisch an die Folge einer Ischämie durch Überdehnung oder direkter Verletzung des Gefässes" nicht für einen genügenden Beweis der Nervenverletzung, handelt es sich doch dabei nur um eine Vermutung ("er denkt") auf Grund einer Telefonbesprechung.

3.2.3 Der Beklagte bestreitet die behauptete Nervenverletzung unter anderem durch den Hinweis auf die neurophysiologischen Untersuchungen. Er macht geltend, dass es sich durch die Elektromyographie (EMG) oder durch die Elektro-neurographie (ENG) hätte nachweisen lassen, wenn er bei seiner Operation den Nervus glutaeus superior verletzt hätte. Wenn dieser Nerv tatsächlich verletzt gewesen wäre, so hätte sich dies dadurch geäußert, dass die Nervenleitungsgeschwindigkeit geringer gewesen wäre. Die Klägerin sei in den Jahren nach der Operation von namhaften Neurologen untersucht worden, ohne dass sich aber ein Zeichen einer Denervation hätte nachweisen lassen (act. 142 S. 8 und S. 12 ff.).

So hielt Prof. F. _____ von der E. _____ Klinik in seinem Bericht vom 27. September 1994 fest, dass sich nach erneuter Elektromyographie aus den Musculi glutaeus medius, maximus und minimus sowie des Musculus tensor fasciae latae rechts keine Denervationen nachweisen liessen, somit die Schwäche von neurologischer Seite nicht erklärbar sei (act. 86/16). Prof. G. _____ von der Orthopädischen Klinik der Universität H. _____, den die Klägerin von sich aus aufgesucht hatte, hielt in seinem Bericht vom 13. Dezember 1995 fest, nachdem er unter anderem auch eine neurologische Untersuchung hatte durchführen lassen, dass eine Schädigung des Nervus glutaeus superior rechts als höchst unwahrscheinlich als Ursache für die Atrophie der fraglichen Muskeln erscheine (act. 86/17 S. 4).

Die Klägerin bestreitet diese Feststellungen als solche nicht, brachte aber unter Berufung auf die Stellungnahme von PD M. _____ vor, dass der Nervus glutaeus ein motorischer Nerv ohne sensible Fasern sei, weshalb sich eine Verletzung nicht durch elektrophysiologische Untersuchungen nachweisen liesse (act. 37 S. 33). Dieser Einwand ist nicht stichhaltig, ergibt sich doch aus den vom Beklagten eingereichten Auszügen aus der medizinischen Literatur (act. 18/12-14), dass mit diesen Methoden auch motorische Nerven untersucht werden. Abgesehen davon bemerkt der Beklagte zu Recht, dass es unverständlich wäre, dass mehrfach solche neurologischen Untersuchungen gemacht worden wären, wenn sich damit nicht grundsätzlich die Beeinträchtigung des fraglichen Nervs hätte nachweisen lassen (act. 16 S. 39). Sodann bestätigt auch der von der Klägerin selber eingereichte Bericht von Prof. S. _____ vom 31. Mai 2007 (act. 136/2), dass sich eine Nervschädigung neurophysiologisch nachweisen lässt. So wird dort ausgeführt, dass es sich "mit Sicherheit" objektivieren liesse, wenn die Muskelatrophie und Parese wirklich durch eine Schädigung des versorgenden Nervus glutaeus superior verursacht wurde. Entscheidend wäre die Frage, ob in diesem Muskel ein Jahr nach einer peripheren Nervenläsion (im Zeitpunkt der Untersuchung durch Prof. F. _____) Zeichen einer Denervation vorhanden waren (act. 136/2 S. 1). Wie erwähnt ergab diese Untersuchung keinen Nachweis einer Denervation.

Im Berufungsverfahren hält die Klägerin dann zwar nicht mehr an ihrem Standpunkt fest, dass sich eine Verletzung des fraglichen Nervs neurophysiologisch überhaupt nicht nachweisen lasse; sie bringt nur noch vor, die Elektromyographie sei keine zuverlässige diagnostische Untersuchung, weshalb ein negatives Resultat einer solchen Untersuchung eine Läsion des fraglichen Nervs nicht ausschliesse (act. 148 S. 10). Sie stützt diese Behauptung auf eine Aussage, die Prof. S. _____ in einem anderen Prozess gemacht habe (act. 149/4). Dies lässt sich jedoch diesen Ausführungen nicht entnehmen. Dort wird nur festgehalten, dass es auf die absolute Exaktheit und Sorgfalt des Untersuchers ankomme, wobei diese Details insbesondere bei Grenzwerten wichtig seien. Der Einwand der Klägerin fällt hier schon deshalb nicht ins Gewicht, da es vorliegend nicht um Grenzwerte geht und mehrere Untersuchungen zu negativen Ergebnissen führten. Schliesslich kann hier offen bleiben, ob mit den neurophysiologischen Untersuchungen die fragliche Nervenverletzung *absolut* ausgeschlossen werden kann, da der objektive negative Befund dieser Untersuchungen den Erklärungsversuch von PD Dr. M. _____ zumindest so erheblich in Frage stellt, dass damit keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine durch die Tractopexie verursachte Verletzung des Nervus glutaeus superior angenommen werden kann.

3.2.4 Der Beklagte stützt sich bei seiner Bestreitung, dass er bei der Operation den fraglichen oberen Gesässnerv der Klägerin verletzt habe, auch auf das erwähnte FMH-Gutachten. Diese Gutachter halten es für "völlig unwahrscheinlich, dass bei der Tractopexie dieser Nerv hätte beschädigt werden können, da dieser weitab vom Operationsfeld liegt". Es könne deshalb der ungünstige und für die Patientin einschneidende Verlauf nicht der Operation angelastet werden. Die Beeinträchtigungen der Klägerin seien deshalb nur mit geringer Wahrscheinlichkeit auf die Operation zurückzuführen (act. 4/2 S. 11). Mit dieser Aussage war offensichtlich der Nervus glutaeus superior gemeint, da dieser unbestrittenermassen der einzige Nerv ist, der die fraglichen Gesässmuskeln (Musculus glutaeus medius und minimus) versorgt (vgl. act. 142 S. 20 f.). Der Einwand der Klägerin der Unklarheit des Gutachtens in diesem Punkt (act. 135 S. 4 f.) geht deshalb ins Leere. Die Klägerin selber reichte dieses Gutachten, welches sie selber veranlasst hatte (act. 2 S. 10), ein und beruft sich auch darauf, weshalb darauf abzu-

stellen ist. Diese Schlussfolgerung des Gutachtens steht somit der Annahme von PD Dr. M. _____ entgegen und lässt es damit nicht als überwiegend wahrscheinlich erscheinen, dass es bei der Operation zur behaupteten Nervenläsion gekommen ist.

Nichts daran zu ändern vermag der Hinweis der Klägerin auf die Feststellung des Gutachtens, wonach bei jedem Eingriff am Muskel kleinere Nervenäste gestört werden, welche zum histologischen Bild einer vermuteten Atrophie führen können (act. 135 S. 6 und S. 13, act. 4/2 S. 13). So fragt es sich, ob dieses Vorbringen überhaupt zu berücksichtigen ist, da die Klägerin sich nicht ausdrücklich auf diesen Grund für die Muskelatrophie berufen hat, sondern diese - wie erwähnt - auf die Läsion des Hauptnervs Nervus gluteus superior zurückführt (act. 135 S. 6, act. 148 S. 20). Selbst wenn diese Aussage des Gutachtens berücksichtigt würde, so könnte daraus nicht geschlossen werden, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf die Operation des Beklagten zurückzuführen sind, halten die Gutachter doch unmittelbar zuvor fest, dass sie nicht sicher erklären könnten, warum die Muskeln der Klägerin geschädigt seien. Sie erwähnen dann anschliessend diese Störungen (nicht Verletzungen) der Nervenäste nur als *mögliche* Ursache einer neurogenen Atrophie, indem sie schreiben ", hingegen werden kleinere Nervenäste bei jedem Eingriff am Muskel gestört und können zum histologischen Bild einer vermuteten neurogenen Atrophie führen" (act. 4/2 S. 13). Sodann sprechen sie auch nur von einer *vermuteten* neurogenen Atrophie und relativieren keineswegs ihre früheren Ausführungen im Gutachten, wonach "der ungünstige und für die Patientin einschneidende Verlauf" nicht der Operation angelastet werden könne und die Beeinträchtigungen nur mit geringer Wahrscheinlichkeit auf die Operation zurückzuführen seien (act. 4/2 S. 11). Schliesslich bringt der Beklagte zu Recht vor, dass gemäss dem von der Klägerin eingereichten Bericht von Prof. S. _____ für die einseitigen Lähmungserscheinungen - abgesehen von der Erkrankung eines Hüftgelenks - praktisch nichts Anderes ursächlich in Frage komme als eine Läsion des diese Muskeln versorgenden Nervus gluteus superior; eine Verletzung von Nervenästen erwähnt dieser Arzt nicht (act. 142 S. 38, act. 136/2).

3.2.5 Die Klägerin macht des Weiteren geltend, dass man mit einer Biopsie (Untersuchung von Gewebeproben) die neurogene Verfettung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit habe nachweisen können. Sie beruft sich dabei auf die Berichte von Dr. T._____ vom 2. Mai 1996 und von Prof. U._____ vom 24. Mai 1996 (act. 148 S. 15 und S. 10, act. 4/10 und act. 4/11).

Der Beklagte wendet zu Recht ein, dass die untersuchten Muskelproben aus einem ungeeigneten Gebiet stammen, so dass sich keine Schlüsse über die Ursache der Muskelatrophie ziehen liessen (act. 154 S. 4). So stellt das FMH-Gutachten diesbezüglich fest, dass die Muskelbiopsie, die von Dr. ... (recte: Dr. T._____) untersucht worden sei, das Problem ebenfalls nicht löse, da die Biopsie im Bereiche des proximalen Trochanters entnommen wurde. Nur in einem Stück sei Skelettmuskulatur vorhanden, das aus einem Gebiet stammen könne, das sowohl bei der ersten Operation 1973 als auch bei der zweiten Operation 1993 hätte beschädigt werden können (act. 4/2 S. 10). Die fraglichen Feststellungen in den von der Klägerin eingereichten Berichten sind im Übrigen nicht sehr bestimmt, schreibt doch Dr. T._____ nur, das histologische Bild spreche *eher* für eine neurogene Atrophie als für eine Myopathie im engeren Sinne, wobei er vorgängig festgehalten hat, dass am vorliegenden Material die Veränderungen an der Muskulatur nur sehr bedingt beurteilbar seien; er ergänzt diese Feststellungen damit, dass allenfalls eine Muskelbiopsie aus einem weniger atrophem Muskulaturanteil erfolgen sollte, falls eine Klärung aus klinischer Sicht nicht möglich sei. Auch Prof. U._____, der sich zu dieser Muskelbiopsie äusserte, machte keine eindeutigen Aussagen. Er hielt einzig fest, dass es sich um einen lipomatös umgebauten Skelettmuskel handle, der zusätzlich Hinweise auf eine wohl primär neurogene Muskelatrophie aufweise, welche schon älter sein dürfte. Eine weitergehende Interpretation wage er auf Grund der vorliegenden Paraffinschnitte nicht (act. 4/11). Angesichts der Unbestimmtheit dieser Berichte kann daraus nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit geschlossen werden, dass die Atrophie auf eine Beeinträchtigung des Nervs durch die fragliche Operation zurück zu führen ist.

3.2.6 Zusammenfassend ergibt sich aus diesen Erwägungen, dass es der Klägerin nicht gelungen ist, den direkten Beweis zu erbringen, dass durch die

Operation (Tractopexie) der ihre Gesässmuskeln versorgende Nervus glutaeus superior verletzt wurde. An diesem Beweisergebnis vermag auch das Gutachten von Prof. Dr. med. O. _____ vom 12. November 2010 (act. 204) nichts zu ändern, wie nachfolgend darzulegen ist.

3.2.7 Das Gutachten verneint zunächst eine direkte Schädigung des fraglichen Nervs durch die Operation. Da die Muskelkraft nur nach und nach nachgelassen habe, sei eine direkte Schädigung nicht gegeben. Eine direkte Verletzung des Nervs bewirke einen schnellen Ausfall seiner Funktion und demzufolge eine Muskelschwäche (act. 204 S. 9 Ziffer 1).

Die Klägerin behauptete auch die Möglichkeit einer indirekten Schädigung des fraglichen Nervs, indem durch eine erneute Manipulation am Tractus ein so grosser Zug auf den Nerv und das ihn umgebende, von der ersten Operation von 1973 herrührende Narbengewebe ausgeübt worden sei, dass es zu einer Abschnürung des Nervs gekommen sei. Diesbezüglich stellte der Gutachter fest, dass eine solche Art der Schädigung des Nervus glutaeus superior durch eine Neuropathie und oder durch Abbauprodukte nicht auszuschliessen sei (act. 209 S. 9). Er bejahte damit einzig die Möglichkeit einer solchen Schadensverursachung. Damit ist der der Klägerin obliegende Beweis für den Nervenschaden als indirekte Folge der Operation nicht erbracht, genügt doch die Möglichkeit der Verursachung nicht, sondern es bedarf zumindest des Nachweises der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 113 Ib 420 E. 3).

Der Gutachter beantwortete die Frage, ob auf Grund der Verletzung des Nervus glutaeus superior ein schleichender Dehnungsschaden entstanden sei, der zu einem Muskelschwund bei der Klägerin geführt habe nicht eindeutig in positivem Sinne, sondern führte aus, dies sei anzunehmen, jedoch könne zum heutigen Zeitpunkt nicht vollständig beurteilt werden, inwieweit der heutige Schaden alleine durch die Operationen des Beklagten verursacht worden sei (act. 204 S. 9 Ziffer 3). Der Gutachter lastet damit indirekt dem Beklagten eine Teilverantwortung bzw. Teilverursachung für den Dehnungsschaden des Nervs an. Als weitere Ursache sieht er die nachträgliche Operation von Prof. Dr. med. G. _____ am 16. April 1996, indem er ausführt, dass aus heutiger Sicht nicht vollständig beur-

teilt werden könne, inwieweit der heutige Schaden durch welche Operation verursacht worden sei (act. 204 S. 10 Ziffer 6). Dementsprechend lässt sich auch die von der Beklagten beantragte Ergänzungsfrage (act. 212 S. 5) nicht schlüssig beantworten. Diese Feststellung einer Teilverursachung ist fragwürdig, steht sie doch in einem gewissen Widerspruch zur Beantwortung der Frage 2, wo die Operation des Beklagten als Ursache des Dehnungsschadens nur als Möglichkeit, nicht jedoch als positive Feststellung oder Annahme erwähnt wurde. Wie es sich damit jedoch verhält, kann letztlich offen bleiben. Denn selbst wenn auf Grund dieser gutachterlichen Feststellungen davon auszugehen wäre, dass die Operation des Beklagten teilursächlich für den fraglichen Dehnungsschaden ist, so lässt sich daraus keine Haftung des Beklagten begründen. Ist das Verhältnis der vom Gutachten angenommenen Ursächlichkeit der beiden Operationen für die Nervverletzung - wie erwähnt - nicht bekannt, so lässt sich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit sagen, dass die Operation des Beklagten für sich allein als *conditio sine qua non* eine (Teil-)ursache darstellt. Denn es lässt sich unter diesen Umständen nicht ausschliessen, dass ein solcher adäquater Kausalzusammenhang durch die spätere Operation von Prof. G._____ unterbrochen wurde. Daran ändert auch nichts, wenn im Gutachten des Weiteren festgestellt wird, dass die heute vorliegende Atrophie der Muskulatur der Beklagten sicher eine Kombination aus neurogener und invasiver Ursache sei (act. 204 S. 10 Ziffer 6). Daraus lässt sich nämlich in keiner Weise entnehmen, welche Ursache in welchem Umfang welcher Operation zuzurechnen ist.

Keine Bestätigung einer wesentlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes auf Grund der Tractopexie vom 16. September 1993 lässt sich sodann der gutachterlichen Antwort auf die Frage 4 entnehmen (act. 209 S. 10 Ziffer 4), da die dortigen Feststellungen über den Rückgang der Muskelkraft allein auf den Angaben der Klägerin basieren ("Die Klägerin selbst gibt an, dass ..." und Gutachten S. 6 1. Abschnitt, act. 204 S. 10 und S. 6). Abgesehen davon handelt es sich nur um Angaben über den Zustand der Muskelkraft vor und nach den Operationen des Beklagten und derjenigen von Prof. G._____. Die auch hier gestellte Frage nach der Ursache der fraglichen Operation des Beklagten und einer wesentlichen Verschlechterung des Zustands der Klägerin wird nicht beantwortet.

Der Gutachter verneint, dass das vorbestehende Trendelenburg-Zeichen ein Symptom für die Zunahme der Atrophie in der Zeit nach der Operation sei (act. 204 S. 10 Ziffer 5). Diese Antwort zielt jedoch an der gestellten Frage vorbei, bei der es um die Relevanz der vorbestandenen Atrophie als solche und nicht nur um die Bedeutung eines für diesen Zustand genannten Symptoms ging. Wie ausgeführt geht der Gutachter davon aus, dass auch die Operation von Prof. G._____ vom 16. April 1996 die fragliche Muskelatrophie bei der Klägerin mit verursacht habe. Da - wie erwähnt - das Verhältnis der Schadensverursachung unbekannt bzw. nicht mehr beurteilt werden kann, lässt sich auch dieser Operation nicht die alleinige oder zumindest eine massgebliche Teilverursachung zuschreiben.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich aus dem Gutachten von Prof. Dr. med. O._____ nicht ergibt, dass der Muskelschwund der Klägerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch die anlässlich der vom Beklagten durchgeführten Operation vom 16. September 1993 vorgenommenen Tractopexie verursacht wurde. Damit spielt es keine für den Entscheid relevante Rolle, dass mit diesem Gutachten der Beklagte auch nicht den Gegenbeweis erbringen kann, dass eine bereits vor dieser Operation bei der Beklagten vorhandene Atrophie der rechten Hüftmuskulatur die Zunahme der Atrophie nach der Operation verursachte und die Beschwerden der Klägerin auf die Operation von Prof. G._____ vom 16. April 1996 zurückgeführt werden müssten.

3.3.1 Die Klägerin beruft sich zum Nachweis der fraglichen Nervenverletzung bei der Operation bzw. des dadurch verursachten Muskelschwundes auch darauf, dass eine andere Ursache für diese Atrophie vom Beklagten nicht behauptet worden sei. Somit müsse man e contrario davon ausgehen, dass die Ursache des Muskelschwundes nur die - "wie auch immer" - Läsion des Nervus glutaeus superior sein könne (act. 135 S. 6 und S.10). Dies ergebe sich auch aus der Stellungnahme von Prof. S._____, da die von diesem erwähnten anderen Gründe "kongenitale Hüftluxation, Status nach Fraktur oder Operation des Hüftgelenks" (act. 136/2) nicht gegeben seien (act. 135 S. 17).

Der Klägerin ist zuzustimmen, dass der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen der Operation und ihren körperlichen Beschwerden auch indirekt erbracht werden kann, wenn alle möglichen denkbaren Ursachen ausser der Nervenverletzung ausgeschlossen werden können. Dies hat jedoch die Klägerin nachzuweisen, da sie aus diesem Umstand die behauptete Nervenverletzung ableitet. Es obliegt nicht dem Beklagten, eine andere Ursache darzutun oder gar zu beweisen. Er kann jedoch das Fehlen einer anderen Ursache durch den Nachweis widerlegen, dass andere Gründe als eine Nervenverletzung für den Muskelschwund vorhanden sind. Darauf ist weiter unten einzugehen.

Ein solcher indirekter Beweis würde jedoch dann scheitern, wenn anzunehmen wäre, dass eine Nervenverletzung in jedem Fall sich zwingend mit einer neurophysiologischen Untersuchung nachweisen liesse. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Zwar schreibt Prof. S._____ in der erwähnten Stellungnahme, dass es sich mit Sicherheit auch objektivieren liesse, wenn die Muskelatrophie und Parese durch eine Schädigung des versorgenden Nervs verursacht wurde (act. 136/2 S. 2), doch ist demgegenüber zu beachten, dass die Prof. F._____ und Prof. D._____ nach durchgeführten neurologischen Untersuchungen noch eine Biopsie veranlassten (act. 149/1 und act. 149/2). Unter diesen Umständen kann vorliegend aus dem Fehlen eines Nachweises einer Nervenschädigung mit der Methode der Elektromyographie nicht absolut ausgeschlossen werden, dass eine solche Verletzung vorliegt, auch wenn die Ergebnisse der neurophysiologischen Untersuchungen - wie oben ausgeführt - immerhin als ein starkes Indiz gegen einen solchen Sachverhalt zu bewerten sind.

3.3.2 Der Beklagte macht geltend, dass andere Ursachen als die Nervenverletzung wahrscheinlicher seien. Er verweist dabei auf die Feststellung im FMH-Gutachten, wonach die Schmerzgenese eine andere, unbekannte Ursache haben müsse (act. 130 S. 8, act. 4/2 S. 13). Die Klägerin selber führt aus, dass diese Experten, weil sie die Ursache der Schädigung des Nervus gluteus superior nicht hätten finden können, geschrieben hätten, dass nach ihrer Auffassung ein multifaktorielles Geschehen angenommen werden müsse, das letzten Endes nicht geklärt sei (act. 135 S. 16, act. 4/2 S. 11). Diese gutachterlichen Feststellungen

stehen somit der Annahme entgegen, es müsse aus dem Fehlen einer anderen denkbaren Ursache auf eine Nervenverletzung geschlossen werden, da sie andere Ursachen ausdrücklich nicht ausschliessen, sondern für durchaus möglich halten. Dabei spielt es keine Rolle, dass sie diese Ursachen nicht konkret bezeichnen konnten. Entscheidend ist, dass sie solche für durchaus möglich halten und nicht etwa ausschliessen, wobei sie - im Gegensatz zu Prof. S._____ (vgl. nachstehend Ziffer IV/3.3.3) - genaue Kenntnisse über den medizinischen Vorzustand der Klägerin verfügten.

3.3.3 Die Klägerin reichte im Berufungsverfahren LB070023 eine Stellungnahme von Prof. Dr. med. S._____, Spezialarzt für Neurologie, vom 31. Mai 2007 ein (act. 136/2). Sie verweist dabei auf dessen Ausführungen, wonach praktisch ursächlich nichts Anderes in Frage komme als eine Läsion des diese Muskeln versorgenden Nervus gluteus superior, wenn diese Lähmungserscheinung einseitig sei und nicht eine Erkrankung des Hüftgelenks (kongenitale Hüftluxation oder Status nach Fraktur oder nach der Operation des Hüftgelenks) vorliege. Die Lähmung sei einseitig und rechts; da diese von Prof. S._____ erwähnten möglichen anderen Ursachen nicht in Frage kämen, bleibe nur die Nervenverletzung (act. 135 S. 17).

Diese Ausführungen von Prof. S._____ sind nicht geeignet, nach dem Ausschlussverfahren die Verletzung des Nervs mit erheblicher Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, basieren sie doch nicht auf ausreichender Kenntnis der massgeblichen Umstände, insbesondere kannte dieser Arzt die Krankengeschichte der Klägerin nicht näher. Seine Stellungnahme basiert einzig auf den Angaben der Klägerin in ihrem Schreiben vom 29. Mai 2007, wo bezüglich des Vorzustandes nur erwähnt ist, dass sie zwei Mal, 1973 und im September 1993, an der Hüfte operiert worden sei (act. 136/1).

Nun macht der Beklagte aber geltend, dass bei der Klägerin bereits vor der Operation im September 1993 eine deutliche Atrophie der Hüftmuskulatur rechts, d.h. der Muskeln gluteus medius und minimus, vorgelegen habe. Unter diesen Umständen könne die Operation nicht kausal für die Entstehung der Atrophie gewesen sein. Wohl habe auch nach - nicht aber wegen - der Operation eine leichte

Atrophie bestanden. Wenn nun die Atrophie im Laufe der Jahre zugenommen haben sollte und drei Jahre danach - anlässlich der FMH-Begutachtung - eine mittelschwere Atrophie vorgelegen habe, so sei dies nicht auf die Operation zurück zu führen, sondern darauf, dass bei der Klägerin bereits vor der Operation eine erhebliche Atrophie bestanden habe, die sich im Laufe der Jahre auch ohne die zweite Tractopexie auf diese Weise entwickelt hätte (act. 142 S. 5 f.).

Entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 148 S. 2 und S. 4) handelt es sich dabei nicht um ein unzulässiges Novum. So führt der Beklagte zu Recht an, dass die Klägerin selber in der Replik im vorinstanzlichen Verfahren (act. 37 S. 5) erwähnt habe, dass das Röntgenbild vom 25. März 1993 eine deutliche Atrophie der Hüftabduktorenmuskeln, d.h. der Muskeln *glutaeus medius* und *minimus*, zeige (act. 142 S. 4). Er hat sich denn auch selber ausdrücklich auf diesen Umstand berufen, indem er in der erstinstanzlichen Duplik ausführte: "Überdies wird die Klägerin nochmals dabei behaftet, dass die Atrophie bereits vor der Operation vom 16.9.1993 vorlag, diese Operation also nicht kausal für deren Entstehung gewesen sein kann (act. 52 S. 5, 10 und 12, act. 142 S. 6). Die Klägerin litt sodann bereits vor der zweiten Operation an einem "Trendelenburg" (act. 16 S. 13, act. 18/3 S. 3). Dies bedeutet ein Absinken der Hüfte auf der einen Seite, was zu einem Hinken führen kann (act. 143/1). Die Klägerin anerkennt, dass dies ein Symptom einer Atrophie und Lähmung der fraglichen Muskeln sein kann, wie auch Prof. S. _____ in seinem Bericht schreibt (act. 148 S. 14, act. 136/2).

Ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass Prof. S. _____ die vorbestehende Atrophie nicht bekannt war und er nach dem Wortlaut der Anfrage der Klägerin davon ausgehen musste, dass dieser Muskelschwund erst nach der zweiten Operation auftrat (act. 136/1 S. 1), so erscheint dessen Schlussfolgerung, es komme praktisch nichts Anderes als die fragliche Nervenverletzung in Frage, nicht als zwingend. Denn unter diesen Umständen muss offen bleiben, ob die Verschlimmerung des Muskelschwunds auf die Operation zurückzuführen ist oder ob - wie dies der Beklagte behauptet (act. 142 S. 6) - die bereits vorher vorhandene Atrophie sich im Laufe der Jahre auch ohne die zweite Tractopexie zu einer "mittelschweren", wie sie im FMH-Gutachten festgestellt wurde, entwickelt hätte.

Unzutreffend ist die von der Klägerin in ihrer Stellungnahme zum Gutachten von Prof. O. _____ geäußerte Auffassung, wonach der Experte in der Antwort auf die Frage 5 die vorbestandene Atrophie als Ursache für die Schädigung ausgeschlossen habe (act. 212 S. 2). Die fragliche Antwort des Gutachtens bezog sich nur auf das Trendelenburg-Symptom ohne auf die - wie erwähnt - von der Klägerin zugestandenene Atrophie als solche einzugehen (act. 37 S. 5). Damit ist diese Möglichkeit der Schadensverursachung nicht ausgeschlossen. Kommt hinzu, dass das Gutachten in der Beantwortung der Frage 6 sinngemäss als mögliche Ursache auch die Operation von Prof. G. _____ vom 16. April 1996 angibt (act. 204 S. 10 Ziffer 6).

3.3.4 Zusammenfassend ist demzufolge festzuhalten, dass nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, mangels anderer möglicher Ursachen komme für die behauptete Nervenverletzung nur die Tractopexie vom 16. September 1993 in Frage. Der entsprechende Beweis ist somit auch nicht indirekt im Sinne eines Ausschlussverfahrens erbracht.

3.4. Die Klägerin macht in ihren Rechtsschriften wiederholt geltend, dass sich ihr Zustand gegenüber demjenigen vor der Operation deutlich verschlechtert habe (act. 135 S. 12, act. 148 S. 12). Sie weist dabei insbesondere auf die Feststellungen im FMH-Gutachten hin, wo festgehalten wird, dass der Zustand nach der Operation schlechter sei als vorher, und wo die bleibende Behinderung durch die Schädigung der Glutealmuskulatur als mittelschwer angegeben wird (act. 4/2 S. 11 f.). Ebenso beruft sie sich auf die Untersuchungen von Dr. Q. _____, der zu Beginn der Therapie in C. _____ im November 1993 bei ihr eine Muskelschwäche im Gesäss und im Oberschenkelbereich auf der operierten Seite festgestellt habe (act. 135 S. 18, vgl. act. 4/8).

Auch wenn eine stärkere Atrophie nach der Operation angenommen werden muss, hilft dies der Klägerin nichts. Entgegen ihrer Auffassung (act. 148 S. 20) ist dies nicht das entscheidende Beweisthema. Denn dieser Umstand allein reicht nicht aus, um die hier entscheidende Frage zu klären, ob die Operation *die Ursache* für diese Verschlechterung ist. Auch wenn eine solche Verschlechterung als Indiz für eine Verursachung durch die Operation gelten kann, so ist einzig damit

die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Eingriffs als Ursache für die entstandene körperliche Beeinträchtigung nicht rechtsgenügend nachgewiesen. Würde darauf abgestellt, würde damit nur der unzulässige Schluss "post hoc propter hoc" gezogen. Bei diesem Ergebnis spielt es im Übrigen keine Rolle mehr, dass die Klägerin die Atrophie, die sie in der vorinstanzlichen Replik noch als "deutlich" bezeichnet hatte, in der Berufungsduplik nur noch als "gering" einstuft (act. 148 S. 4).

4. Zusammenfassend ergibt sich aus diesen Erwägungen, dass es der Klägerin nicht gelungen ist, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, dass die Atrophie ihrer rechten Gesässmuskeln bzw. die daraus resultierenden körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen eine Folge der am 16. September 1993 vom Beklagten bei ihr vorgenommenen Tractopexie sind. Weder ist der Beweis dafür erbracht, dass der Nervus glutaeus superior bei dieser Operation verletzt wurde noch lässt sich durch den Ausschluss aller anderen möglichen Ursachen indirekt auf eine solche Läsion schliessen, welche zum Muskelschwund führte. Fehlt es somit am Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem fraglichen Handeln des Beklagten und der klägerischen Körperschädigung, so ist der Beklagte für deren Folgen nicht haftbar. Damit entfällt auch die Voraussetzung für die Zusprechung der beantragten Genugtuung. Die Klage ist demzufolge abzuweisen.

V.

1. Bei diesem Ausgang wird die Klägerin für das Verfahren vor Bezirksgericht sowie das Berufungsverfahren (LB070023 und LB090054) kosten- und entschädigungspflichtig.

2.1 Hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung ist mit der Vorinstanz von einem Streitwert von Fr. 70'000.-- auszugehen (act. 123 S. 38).

2.2 Im Berufungsverfahren war nur noch die von der Vorinstanz zugesprochene Genugtuung von Fr. 35'000.-- umstritten. Gerichtsgebühr und die Grundgebühr der Prozessentschädigung für die zweite Instanz sind somit nach diesem Streitwert zu berechnen (§ 13 Abs. 2 VO über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007, § 12 Abs. 3 VO über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006).

3.1 Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 2) ist zu bestätigen.

3.2 In Anwendung von § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 VO über die Gerichtsgebühren ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 5'000.-- festzusetzen

4.1. Bei der Bemessung der Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist die Grundgebühr auf Fr. 8'800.-- festzusetzen und für die Verhandlungen und zusätzlichen Rechtsschriften sind zwei Zuschläge von insgesamt Fr. 7'200.-- hinzuzurechnen. Dies ergibt eine Entschädigung für die erste Instanz von Fr. 16'000.--. Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer wurde nicht beantragt.

4.2 Ausgehend von einer Grundgebühr von Fr. 3'700.-- im Sinne von § 12 und § 3 Abs. 1 VO über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 und unter Berücksichtigung von zwei Zuschlägen für zusätzliche Rechtsschriften im Verfahren LB070023 von insgesamt Fr. 2'800.-- und drei Zuschlägen für weitere Eingaben im Verfahren LB090054 im Betrag von insgesamt 1'500.-- ist die zweitinstanzliche Prozessentschädigung für den Beklagten mit Fr. 8'000.-- (ohne Mehrwertsteuer) zu bemessen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 2) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt.

4. Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren (LB070023 und LB090054) zusammen eine Prozessentschädigung von Fr. 24'000.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 35'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Findeisen

versandt am: