Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LB110076-O/U.doc

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und Ersatzoberrichterin lic. iur. J. Haus Stebler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

Beschluss vom 3. August 2012

in Sachen

A._____,
Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

… Spital B._____,
Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 26. Oktober 2011 (CG100012)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

"Es sei der Beklagte zur Zahlung von Fr. 556'118.-- nebst Zins zu 5% ab dem heutigen Rechnungstag *(Ergänzung der Referentin: 8. März 2010, Datum der Klageschrift)* an den Kläger zu verpflichten"

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 26. Oktober 2011:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 21'900.--. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.

4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 36'800 (zuzüglich 8,0% MwSt) zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

6. Berufung.

Berufungsanträge:

Des Klägers (Urk. 46 S. 2):

Die Klage sei gutzuheissen.

Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.

Des Beklagten (Urk. 52 S. 2):

Es sei auf die Berufung nicht einzutreten;

eventualiter sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 26. Oktober 2011 (CG100012-M/U) zu bestätigen und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen;

subeventualiter sei die Klage zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%) zulasten des Klägers und Berufungsklägers.

Erwägungen:

I. Streitgegenstand und Prozessgeschichte

1. Vorgeschichte

1.1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) wurde am 3. Dezember 2002 im Spital B._____ wegen eines Prostatakarzinoms operiert, wobei eine transurethrale (durch die Harnröhre vorgenommene) Resektion der Prostata durchgeführt wurde. Am 6. Januar 2003 wurde beim Kläger eine laparoskopische Staging-Lymphadenektomie (Entfernung von Lymphknoten) vorgenommen. Beim zweiten operativen Eingriff kam es zu einer Verletzung des Ureters (Harnleiters) und in der Folge zu einer Ureterleckage links, was erst nach einigen Tagen festgestellt wurde. Der Kläger blieb bis zum 19. Februar 2003 hospitalisiert (Urk. 1 S. 3f. und Urk. 16 S. 14ff.). Die Vorinstanz hat detailliert dargestellt, welche Beschwerden beim Kläger auftraten, welche Behandlungsmassnahmen ergriffen wurden und welche Spital- respektive Kuraufenthalte erfolgten; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 47 S. 5f.).

1.2. In einem ersten Schreiben vom 31. März 2003 an Dr. C._____, Chefarzt der Urologischen Klinik des Spitals B._____, äusserte der Kläger, die auf die Operation vom 6. Januar 2003 folgenden Komplikationen seien seiner Meinung nach durch mangelnde Sorgfalt entstanden, und er ersuchte um Mitteilung der Namen der involvierten Haftpflichtversicherer (Urk. 17/20). Mit Schreiben vom 27. August 2004 teilte der zuständige Mitarbeiter der D._____ dem Rechtsvertreter des Klägers mit, ihres Erachtens sei dem Kläger unter Berücksichtigung der Subrogation der Sozialversicherer und anderer Leistungsträger kein wirtschaftlicher Schaden

entstanden. Auch ein Haushaltsschaden werde bestritten (Urk. 17/22). Hierauf gelangte der Rechtsvertreter des Klägers mit Schreiben vom 16. September 2004 an den Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagter) und meldete gestützt auf das Zürcherische Haftungsgesetz ein Haftungsbegehren an (Urk. 3/2). Mit Schreiben vom 23. September 2004 bestätigte der Spitaldirektor den Eingang des Haftungsgesuchs des Klägers (Urk. 3/3). Ob darin auch die Haftung im Sinne von § 24 Abs. 2 Haftungsgesetz (fortan HG) rechtsgenügend und fristauslösend abgelehnt wurde, ist unter den Parteien umstritten und insofern auch Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens.

1.3. Die Vorinstanz hat weiter zutreffend fest gehalten, dass die Parteien aussergerichtliche Verhandlungen über die Schadensregulierung führten und schliesslich gemeinsam ein Gutachten in Auftrag gaben, das von Prof. E._____ unter dem 13. Februar 2009 erstattet wurde. Dem Kläger wurde mit Wirkung ab 1. September 2003 mit Einspracheentscheid vom 5. Juli 2005 rückwirkend eine ganze Invalidenrente zugesprochen; diese wurde auf den Zeitpunkt seiner Pensionierung per 1. März 2007 durch die AHV-Rente abgelöst (Urk. 47 S. 6 mit Verweisen und Urk. 46 S. 4 sowie Urk. 3/5).

2. Verfahrensgang

2.1. Erstinstanzliches Verfahren

Nachdem die Vergleichsgespräche endgültig gescheitert waren, erhob der Kläger mit Klageschrift vom 8. März 2010 Klage beim zuständigen Bezirksgericht Dietikon (Urk. 1). Der Gang des erstinstanzlichen Verfahrens wurde von der Vorinstanz aufgezeigt (Urk. 47 S. 2f.). Der Beklagte stellte sich im Rahmen der Klageantwort einerseits auf den Standpunkt, die Klage sei mangelhaft substantiiert, welcher Ansicht sich die Referentin im Rahmen der am 27. Januar 2011 durchgeführten Referentenaudienz in allen Punkten anschloss (Prot. S. 5ff.). Im weiteren bestritt der Beklagte das Vorliegen eines Behandlungsfehlers respektive die Verletzung einer Sorgfaltspflicht, verneinte die Kausalität und bestritt auch das Vorliegen eines Schadens (Urk. 16 S. 30ff.). Mangels Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen ist nach Meinung des Beklagten weiter auch keine Genugtuung ge-

schuldet (Urk. 16 S. 54). Das Urteil der Vorinstanz, mit welchem die Klage zufolge Verjährung abgewiesen wurde, datiert vom 26. Oktober 2011 (Urk. 44 und 47) und wurde dem klägerischen Rechtsvertreter am 4. November 2011 zugestellt. Ob die Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, wurde folglich noch nicht entschieden.

2.2. Berufungsverfahren

Der Kläger reichte seine Berufungsschrift vom 17. November 2011 fristgerecht beim Obergericht des Kantons Zürich ein, wo sie am 18. November 2011 einging (Urk. 46). Die mit Verfügung vom 13. Dezember 2011 eingeforderte Gerichtskaution wurde vom Kläger ebenfalls innert Frist geleistet (Urk. 49 und 50). Sodann erstattete der Beklagte die Berufungsantwort innert der mit Verfügung vom 2. Februar 2012 angesetzten Frist am 7. März 2012 (Urk. 51 und 52). Mit Verfügung vom 13. März 2012 wurde die Berufungsantwortschrift dem Kläger zugestellt und der Schriftenwechsel für abgeschlossen erklärt (Urk 54). Den Parteien wurde mit Schreiben vom 20. April 2012 der Referentenwechsel angezeigt (Urk. 55/1+2).

II. Erwägungen

1. Berufungsverfahren: anwendbares Recht und Grundsätze

1.1. Nachdem der Entscheid der Vorinstanz nach Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung eröffnet wurde, sind deren Bestimmungen auf das vorliegende Berufungsverfahren anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

1.2. Gemäss neuer ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels

hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

1.3. Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Abs. 1) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Abs. 2). Diese Bestimmung verschafft der Berufungsinstanz einen grossen Gestaltungsspielraum, das Geeignete für den konkreten Fall vorzukehren (Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 316 N 1). Die Berufungsinstanz kann selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift oder Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 316 N 14). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif. Es kann bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten entschieden werden.

1.4. Schliesslich sind im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a. und b).

2. Nichteintreten wegen mangelhafter Berufungsanträge?

2.1. Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids

Der Beklagte bringt zunächst vor, der Kläger habe lediglich die Gutheissung der Klage beantragt und keinen Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides gestellt. Mangels eines entsprechenden Antrages sei der Entscheid der Vorinstanz mit Ablauf der Berufungsfrist am 5. Dezember 2011 in Rechtskraft erwachsen (Urk. 52 S. 6).

Der Berufungskläger hat in den Anträgen genau zu substantiieren, welche Punkte im Dispositiv des angefochtenen Urteils zu ändern sind. Grundsätzlich ist ein reformatorischer Antrag zu stellen. Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c. kann die Berufungsinstanz ausnahmsweise auch einen kassatorischen Entscheid fällen und die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (Spühler / Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2.A. Zürich 2011, § 3 S. 25).

Da der Berufungsinstanz gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c. ZPO die Möglichkeit eines kassatorischen Entscheids offensteht, ist fraglich, ob es überhaupt eines ausdrücklichen Antrags des Klägers auf Aufhebung und Rückweisung an die Vorinstanz bedarf. Der Kläger hat auf jeden Fall mit seinem Rechtsbegehren auf Klagegutheissung klar zum Ausdruck gebracht, dass er Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils, mit welcher die Klage zufolge Verjährung abgewiesen wurde, anficht und Gutheissung der Klage beantragt. Zieht man die Erwägungen unter Ziff. 2 der Berufungsschrift heran, wird klar, dass der Kläger mit seiner Berufung die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz anstrebt (Urk. 46 S. 2). In sinngemässer Anwendung der Rechtsprechung

zur Bezifferung des Rechtsbegehrens (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 1.2.) ist der Antrag somit ausreichend.

2.2. Bezifferung des Berufungsantrags

Desweitern bemängelt der Beklagte unter Verweis auf einen neuen Entscheid des Bundesgerichts, dass der Kläger seinen Berufungsantrag nicht beziffert habe. Er beantragt deshalb, es sei auf die Berufung ohne Ansetzen einer Nachfrist ohne weiteres nicht einzutreten (Urk. 52 S. 7).

Grundsätzlich ist dem Beklagten darin zuzustimmen, dass ein Rechtsbegehren so bestimmt sein muss, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann und demnach auf Geldzahlung gerichtete Berufungsanträge in der Regel zu beziffern sind; dies insbesondere damit die Gegenpartei sich in der Berufungsantwort verteidigen und darüber entscheiden kann, ob sie - soweit dies möglich ist - Anschlussberufung erheben will (Urteil des Bundesgerichtes vom 8. Dezember 2011, 5_A663/2011 E. 4.3). Indessen steht die Rechtsfolge des Nichteintretens auf unbezifferte Begehren unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Daraus folgt, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder - im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren - welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (Urteil des Bundesgerichtes vom 8. Dezember 2011, 5_A663/2011 E. 6.2. mit zahlreichen Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Der Kläger stellte vor Vorinstanz ein klar beziffertes Rechtsbegehren. Im Verlaufe des Schriftenwechsels beschränkte die Vorinstanz das Prozessthema auf die Frage der Verwirkung des Klageanspruchs nach kantonalzürcherischem Haftungsgesetz (Beschluss vom 11. März 2011, Urk. 33). Der Beklagte konnte sich folglich in der Duplik nicht ausführlich zum ganzen Prozessstoff äussern. Mit dem Endentscheid wurde die Klage vollumfänglich abgewiesen, ohne dass die Anspruchsgrundlagen überhaupt geprüft werden mussten. Es ist somit klar, dass im

Fall der Gutheissung der Berufung nur eine Rückweisung an die Vorinstanz in Frage kommt zur vollständigen Durchführung des Verfahrens und für einen materiellen Entscheid über die geltend gemachten Ansprüche. Anders als bei einer teilweisen Klagegutheissung respektive -abweisung genügt vorliegend deshalb der Antrag auf (sinngemäss vollumfängliche) Klagegutheissung, zumal sich bei einer vollständigen Klageabweisung für die Gegenpartei die Frage der Anschlussberufung nicht respektive nur hinsichtlich der Entschädigung stellt.

2.3. Zusammengefasst ergibt sich, dass auf die Berufung einzutreten ist.

3. Frage der Verjährung / Verwirkung

3.1. a. Unbestritten ist unter den Parteien, dass der Kläger das gemäss § 22 Abs. 1 HG zwingend durchzuführende Vorverfahren innert der zweijährigen Frist von § 24 Abs. 1 HG mit Schreiben vom 16. September 2004 rechtzeitig und korrekt eingeleitet hat (Urk. 3/2). Strittig war im wesentlichen vor Vorinstanz und ist auch im Berufungsverfahren, ob das Schreiben des Spitaldirektors F._____ vom 23. September 2004 (Urk. 3/3) eine rechtsgenügende Bestreitung respektive Ablehnung der Haftung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 HG durch die zuständige Behörde darstellt oder nicht (vgl. dazu unter Ziff. 3.3.).

b. aa. Die Vorinstanz machte in ihrem Entscheid vorab zutreffende Ausführungen zu den massgebenden rechtlichen Bestimmungen und zur Rechtsprechung des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich, auf welche vorab verwiesen werden kann (Urk. 47 S. 7ff.). Zur besseren Lesbarkeit werden die massgeblichen Gesetzesbestimmungen und die Zusammenfassung der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung hier nochmals abgedruckt:

Gesetzesbestimmungen:

> *"§ 22. Begehren auf Feststellung, Schadenersatz und Genugtuung sind schriftlich einzureichen:*
>
> *a) dem Regierungsrat bei Ansprüchen gegen den Staat*
>
> *b) der Gemeindevorsteherschaft bei Ansprüchen gegen die Gemeinde*

c) dem obersten zur Vertretung befugten Organ bei Ansprüchen gegen die Organisationen des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit.

Bestreitet die angegangene Behörde den Anspruch ganz oder teilweise, muss sie den Geschädigten auf § 24 Abs. 2 hinweisen.

§ 23. Die Klage kann beim zuständigen Bezirksgericht direkt erhoben werden, wenn die zuständige Behörde zum Anspruch innert drei Monaten seit der schriftlichen Geltendmachung nicht oder ablehnend Stellung genommen hat.

§ 24. Die Haftung des Staates erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Feststellung, Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert zwei Jahren seit Kenntnis der haftungsbegründenden Tatsachen beim Staat einreicht.

Bestreitet die zuständige Behörde den Anspruch, so hat der Geschädigte innert der Verjährungsfrist von einem Jahr, von der Mitteilung an gerechnet, Klage beim zuständigen Gericht einzureichen."

Rechtssprechung Kassationsgericht:

"**2.** Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat sich in einem nicht publizierten Entscheid Nr. 99/302 Z vom 31. August 2000 ausführlich und unter Berücksichtigung der Materialien (wie dem Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Änderung des Haftungsgesetzes vom 26. August 1988 [Amtsblatt 1988, Textteil, S. 1732 ff.], dem Protokoll der vorberatenden Kommission vom 26. Oktober 1988 und dem Protokoll der 163. Sitzung des Kantonsrates vom 11. Juni 1990, S. 10230 f.) zur Auslegung der Bestimmungen von §§ 22 bis 24 Abs. 2 HG und deren Beziehung untereinander befasst. Sinn und Zweck des Vorverfahrens gemäss § 22 HG sei laut Gesetzgeber, dass der Anspruchsteller gestützt auf sein Haftungsbegehren eine Darlegung der Rechtslage erhält und dass er sich erst dann entscheiden muss, ob er den - im Falle eines Unterliegens mit Kosten verbundenen - Rechtsweg beschreiten will. Jedenfalls laufe dem Anspruchsteller *so lange keine Frist mehr*, so lange nicht die gemäss § 22 Abs.1 HG zuständige Behörde

das Begehren *ausdrücklich ablehnt* (Entscheid Kassationsgericht Kanton Zürich Nr. 99/302 Z vom 31. August 2000, Erw. III. 5. b). In einem publizierten Entscheid des Kassationsgerichts vom 14. November 2007 wird unter Hinweis auf den zuvor erwähnten nicht publizierten Entscheid festgehalten, dass eine Auslegung von § 23 HG "ohne Zweifel ergebe, dass eine (einjährige) Verjährungsfrist von auf dem Haftungsgesetz beruhenden Ansprüchen Dritter gegen den Staat nur durch eine ablehnende Stellungnahme der zuständigen Behörde ausgelöst werden könne. Eine anderweitige Auslegung sei nicht vertretbar und es liege daher keine vom Richter zu füllende Gesetzeslücke vor" (AA070026, Erw. 5.b). Ausserdem erwog das Kassationsgericht im erwähnten Entscheid vom 31. August 2000, dass die §§ 23 und 24 HG völlig verschiedene Fragenkomplexe zum Gegenstand haben, dass nämlich § 23 HG die Berechtigung zur direkten Klageerhebung regelt, während § 24 HG die Verwirkung und Verjährung zum Gegenstand hat (a.a.O., Erw. III. 5 f)."

bb. Die Vorinstanz fasste sodann die massgeblichen Parteivorbringen korrekt zusammen (Urk. 47 S. 10ff.). Weiter stellte sie die zeitlichen Abläufe und den jeweiligen Inhalt der massgebenden Schreiben der Beteiligten sorgfältig dar (Urk. 47 S. 12ff.: Schreiben des Klägers an den Chefarzt Chirurgie vom 31. März 2003, Urk. 17/20, Schreiben des Haftpflichtversicherers vom 27. August 2004, Urk. 17/22, Haftungsbegehren des Klägers vom 16. September 2004, Urk. 3/2 und Antwortschreiben vom 23. September 2004, Urk. 3/3). Unter Würdigung der Umstände und Auslegung des jeweiligen Wortlauts der Schreiben nach dem Vertrauensgrundsatz kam die Vorinstanz zum Schluss, es liege ohne jeden Zweifel eine Bestreitung des Anspruches im Sinne von § 22 Abs. 2 HG und § 24 Abs. 2 HG vor (Urk. 47 S. 14f.).

cc. Desweitern erachtete die Vorinstanz als erstellt, dass der durch einen Rechtsanwalt vertretene Kläger über die massgeblichen Fristen bestens im Bilde gewesen sei, weshalb sie den im Haftungsgesetz statuierten Hinweis auf die Verjährungsfrist gemäss § 24 Abs. 2 HG vorliegend als entbehrlich erachtete (Urk. 47 S. 15f.).

c. aa. Der Kläger brachte in der Berufungsbegründung zunächst vor, die Vorinstanz habe sich überhaupt nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ab welchem Zeitpunkt eine Kenntnis des Schadens angenommen werden könne. Da es sich bei der Frage der Verwirkung aber um eine solche handle, die von Amtes wegen abzuklären sei, hätte sich das Bezirksgericht Dietikon damit auseinandersetzen müssen. Er habe im Schreiben vom 16. September 2004 an den Zweckverband zum Ausdruck gebracht, eine Schadensberechnung sei gar noch nicht möglich. Das Bundesgericht habe zur Bedeutung von Art. 60 Abs. 1 OR fest gehalten, die Verjährung beginne erst mit Kenntnis des Schadens zu laufen, dabei verhalte es sich im Falle von Personenschäden so, dass in der Regel der Schaden noch nicht hinreichend bekannt sei, wenn noch ungewiss sei, wie sich die gesundheitliche Situation entwickle und ob ein Dauerschaden zurück bleibe. Unter Hinweis darauf, dass der Schaden noch nicht beziffert werden könne und mit der Kritik, dass die Haftpflichtversicherung nicht bereit sei, den Fall im Rahmen von vergleichsweisen Gesprächen zu regeln, sei die Anmeldung rein vorsorglich erfolgt, um nichts zu versäumen. Dies auch in der Erwartung, die Haltung der Gegenpartei ändere sich, was ja auch erfolgt sei, indem später gemeinsam ein Gutachten in Auftrag gegeben worden und bis ins Jahr 2009 Vergleichsgespräche geführt worden seien. Die Bestimmung von Art. 60 Abs. 1 OR sei auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Im September 2004 habe somit eine Verwirkungsfrist noch gar nicht zu laufen begonnen.

Eine rechtsverbindliche Ablehnung des deponierten Gesuches könne deshalb nicht angenommen werden, namentlich habe ja der Beklagte selbst zum Ausdruck gebracht, wenn weitere Beweise vorgetragen würden, werde man auf die Sache zurück kommen. Im Jahre 2004 wäre der Kläger gar nicht in der Lage gewesen, gegen den Beklagten eine fundierte Klage zu erheben; dass auch der Beklagte der Meinung gewesen sei, eine Bezifferung der Klage sei nicht möglich, ergebe sich aus den Schreiben des Haftpflichtversicherers vom 27. August 2004, 8. Dezember 2006 sowie vom 15. Januar 2008 (Urk. 46 S. 4ff. mit Verweis auf Urk. 17/22, 27/1+2).

bb. Im weiteren verwies der Kläger auf seine Ausführungen zur Frage der Verwirkung / Verjährung in der Replik, wo er zusammengefasst geltend gemacht hatte, am 23. September 2004 sei vom Beklagten keine irgendwie geartete Ablehnung des vom Kläger gestellten Haftungsbegehrens erfolgt, sondern es sei vielmehr zum Ausdruck gebracht worden, dass mit der Zahlung im Sinne einer Genugtuungsleistung effektiv eine irreversible Schädigung zur Diskussion stehe und man seitens des Beklagten bereit sei, die weiter gegebenen Schadenspositionen zu regulieren. In der Folge sei man in Vergleichsgesprächen gestanden und der Haftpflichtversicherer habe mit ihm gemeinsam ein Gutachten in Auftrag gegeben. Der Kläger habe sein Haftungsbegehren unter dem 16. September 2004 spediert, in welchem Zeitpunkt die zweijährige Frist gemäss § 24 Abs. 1 HG noch nicht abgelaufen gewesen sei. Die Frage der Verwirkung stelle sich daher nicht. Auch eine Verjährung habe nicht eintreten können, da seitens des Beklagten eine Ablehnung nie erfolgt sei und im übrigen auch stets Verhandlungen über die Regelung des Schadens geführt worden seien. Erst das Schreiben der G._____ vom 4. November 2009, mit welchem den Vergleichsgesprächen ein Schlusspunkt gesetzt worden sei, habe dem Kläger Anlass zur Klage gegeben, da er zuvor stets darauf vertraut habe, es könne doch noch eine einvernehmliche Lösung gefunden werden. Auch dieses Schreiben habe indessen keine Bestreitung des Anspruchs enthalten und der gemäss § 22 Abs. 2 HG notwendige Hinweis auf § 24 Abs. 2 HG sei unterblieben (Urk. 26 S. 3ff.).

cc. Der Kläger rügte die Annahme der Vorinstanz, es liege eine Bestreitung seitens der angegangenen Behörde gemäss § 22 HG vor. § 22 HG regle nicht nur, wo ein Begehren zu deponieren sei, sondern auch, wer dieses zu beantworten habe. Es sei auf jeden Fall nicht der Haftpflichtversicherer und es genügten auch die Antwort eines Arztes oder des Spitaldirektors nicht. Der Vorstand des beklagtischen Zweckverbandes habe nie eine Stellungnahme abgegeben. Insbesondere würde bei Haftpflichtbegehren gegen die Stadt Zürich regelmässig der Stadtrat als zuständige Behörde eine Stellungnahme abgeben und dabei gegebenenfalls auf den massgebenden Fristenlauf, wie vom Gesetz in § 22 Abs. 2 HG vorgesehen, hinweisen. Aus dem Entscheid des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich Nr. 99/302 Z vom 31. August 2000 gehe deutlich hervor, dass der Gesetzgeber

eine Verjährung lediglich für den Fall vorgesehen habe, dass sich die Behörde ablehnend vernehmen lasse. Das Obergericht habe diese Rechtsprechung übernommen (Urk. 46 S. 6ff.). Im Schreiben des Spitaldirektors stehe nicht nur, man stelle sich auf den Standpunkt, es liege kein wirtschaftlicher Schaden vor, sondern es werde im letzten Absatz zum Ausdruck gebracht, man sei bereit "unseren Standpunkt zu korrigieren". Dies sei keine reine Ablehnung, sondern eine Einladung, den Faden doch wieder aufzunehmen, um einen Prozess zu vermeiden. Jedenfalls habe der Kläger das Schreiben vom 23. September 2004 so verstehen dürfen, dass die Gegenpartei den Fall habe offen halten wollen. Unter Verweis auf die Schreiben der Haftpflichtversicherung und des Spitaldirektors, worin zum Ausdruck gebracht worden sei, man werde weiter auf den Fall eingehen, wenn Beweismittel vorliegen würden, sei nicht nachvollziehbar, weshalb dem Kläger kein Vertrauensschutz zugebilligt werde. Die Haftpflichtversicherung habe sich an der Erarbeitung der Grundlagen beteiligt und schliesslich sei ein gemeinsamer Gutachtensauftrag ergangen. Der Vertreter des Klägers sei also durchs Band im Glauben gelassen worden, man werde den Fall gemeinsam erarbeiten und einvernehmlich regeln können. Damit liege ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Beklagten vor, weil er den Kläger bewogen habe, rechtliche Schritte während der Verjährungfrist, so sie denn zu laufen begonnen hätte, zu unterlassen. Man wäre sicherlich im Jahre 2006 nicht mehr in Vergleichsverhandlungen gestanden, wenn die Beklagte effektiv die Auffassung vertreten und kundgetan hätte, dass nichts geschuldet sei (Urk. 46 S. 8f.).

c. Der Beklagte machte in der Berufungsantwort zusammengefasst Folgendes geltend:

aa. Der Beklagte habe bereits bevor der Kläger sein Haftungsbegehren gemäss § 22 HG gestellt habe, die Haftung mehrfach bestritten. Bereits mit Schreiben vom 7. April 2003 habe der Chefarzt der Urologischen Klinik des Spitals B._____ die Haftung mangels Sorgfaltspflichtverletzung bestritten, als er dem Kläger mitgeteilt habe, es handle sich bei der erlittenen Ureterverletzung um eine Komplikation. Mit Schreiben vom 27. August 2004 habe auch die Haftpflichtversicherung des Beklagten die Haftung im Namen des Beklagten bestritten, indem sie das

Vorliegen eines kausal verursachten Schadens bestritten habe. Daraufhin habe der Kläger am 16. September 2004 ein Haftungsbegehren gestützt auf das zürcherische Haftungsgesetz gestellt und gleichentags der Haftpflichtversicherung mitgeteilt, es bliebe ihm nun nichts anderes übrig als Klage zu erheben, was gemäss § 23 HG nach einer Frist von drei Monaten möglich sei: Der Kläger habe darin selber ausdrücklich festgehalten, dass die Haftungsgrundlage und insbesondere der Schaden bestritten werde; dass er (der Kläger) gewusst habe, dass der Beklagte und dessen Haftpflichtversicherung nicht bereit waren, den Fall aussergerichtlich zu erledigen, sondern dass er klagen müsste und dass der anwaltlich vertretene Kläger das Haftungsgesetz konsultierte hatte und die entsprechenden Fristen kannte (Urk. 52 S 9ff.).

bb. Der Beklagte habe das Haftungsbegehren des Klägers umgehend am 23. September 2004 abgelehnt und die Haftung des Beklagten abermals i.S.v. § 24 Abs. 2 HG bestritten. Es könne somit nicht bezweifelt werden, dass dem anwaltlich vertretenen Kläger nach Austausch der Schreiben vom 16. und 23. September 2004 klar gewesen sei, dass der Beklagte eine Haftung ablehne. Dem anwaltlich vertretenen Kläger habe aufgrund des unzweideutigen Wortlautes der Stellungnahmen des Beklagten und von dessen Haftpflichtversicherung klar sein müssen, dass über den Aspekt des (bestrittenen) wirtschaftlichen Schadens keine vergleichsweise Einigung zustande kommen würde. Die unbestrittenen Willensäusserungen des Beklagten könnten in guten Treuen nicht anders, denn als eigentliche Bestreitung respektive Ablehnung des Anspruchs auf Ersatz eines wirtschaftlichen Schadens verstanden werden. Mithin liege ohne jeden Zweifel eine Bestreitung des Anspruches im Sinne von § 22 Abs. 2 HG und § 24 Abs. 2 HG vor (Urk. 52 S. 11ff.).

Unbehelflich sei auch die Argumentation des Klägers, er wäre im Zeitpunkt, als er das Haftungsbegehren gemäss § 22 HG gestellt habe, noch gar nicht in der Lage gewesen, gegen den Beklagten eine fundierte Klage zu erheben. Dem anwaltlich vertretenen Kläger, der gewusst habe, dass er innerhalb eines Jahres klagen müsste, da er nachweislich § 24 HG konsultiert habe, wäre es offen gestanden, eine unbezifferte Forderungsklage zu erheben, künftigen Schaden einzuklagen

und diesen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR schätzen zu lassen, einen Änderungsvorbehalt gemäss Art. 46 Abs. 2 OR oder die einstweilige Sistierung zu verlangen. Dieser habe aber aus reiner Nachlässigkeit zugewartet und deshalb die einjährige Frist verpasst, was nicht dem Beklagten angelastet werden könne. Eine Verneinung der Leistungspflicht durch den Beklagten hätte als Anlass zur Klageeinleitung genügen und dieser hätte wissen müssen, dass spätere unpräjudizielle Gespräche nicht davon entbinden könnten, die Klage fristgerecht einzureichen. Aus der unpräjudiziellen Bereitschaft des Beklagten im Jahre 2008, einer Begutachtung durch Prof. E._____ zuzustimmen, könne der Kläger ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn dannzumal seien dessen Ansprüche längst verwirkt gewesen (Urk. 52 S. 19f.).

d. Auf detaillierte Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid und weitere Parteivorbringen ist - soweit nötig - nachfolgend bei der Beurteilung der Fragen, welche Behörde zuständig war für die Stellungnahme zum klägerischen Haftungsbegehren (Ziff. 3.2. nachfolgend), und ob das vom Spitaldirektor verfasste Schreiben vom 23. September 2004 eine ausdrückliche Haftungsablehnung beinhaltet (Ziff. 3.3.), noch zurück zu kommen.

3.2. Zuständige Behörde

a. In der Berufungsbegründung brachte der Kläger erstmals unter Verweis auf die Statuten des Spitalverbandes B._____ sinngemäss vor, der Verwaltungsrat hätte das Haftungsbegehren beantworten müssen, der Spitaldirektor sei hiefür nicht zuständig gewesen (Urk. 46 S. 7f. und Urk. 48).

b. Der Beklagte wendet ein, die Argumentation des Klägers zur Organisation des Beklagten basiere auf neuen unzutreffenden Tatsachenvorbringen, die verspätet seien, weil sie vor Vorinstanz nie vorgebracht worden seien. Absenderin des Schreibens vom 23. September 2004 sei die Verwaltungsdirektion, d.h. die Spitalleitung des Zweckverband Spitalverband B._____. Unterzeichnet habe Dr. F._____ als Spitaldirektor (Verwaltungsdirektor). Die Spitalleitung sei gemäss Art.

23 der Verbandstatuten des Beklagten für die operative Führung des Spitals B._____ verantwortliche Organ. Zur operativen Führung gehörten selbstverständlich auch die Abwehr von unberechtigten Haftungsbegehren, da dies auf den operativen Spitalbetrieb zurückginge. Die Spitalleitung sei sodann für den Vollzug der Beschlüsse des Verwaltungsrats zuständig gemäss Art. 25 lit. b. der Verbandsstatuten. Der Spitaldirektor habe den Vorsitz in der Spitalleitung und vertrete und repräsentiere diese nach aussen. In dieser Funktion habe der damalige Spitaldirektor, Dr. F._____, für die Spitalleitung namens des Beklagten die Ablehnung des Haftungsbegehrens unterschrieben. Der Kläger habe vor Vorinstanz nie vorgebracht, der Verwaltungsrat habe den Haftungsanspruch nicht abgelehnt oder der Verwaltungsrat sei mit der Ablehnung des Haftungsbegehrens nicht einverstanden gewesen. Selbstverständlich genüge es, wenn die Spitalleitung den wie auch immer gefassten Beschluss des Beklagten dem Kläger mitteile, da sich jedes grosse Unternehmen des Geschäftsführers bediene, um Beschlüsse Dritten kundzutun. Daraus lasse sich nicht ableiten, wie die interne Willensbildung abgelaufen sei (Urk. 52 S. 14f.).

c. Bei der Frage der Begründetheit der Verjährungseinrede handelt es sich um eine Rechtsfrage (Berti, Zürcher Kommentar zu Art. 127 bis 142 OR, 2002, N. 23ff. zu Art. 142 OR). Somit kann die Frage der Zuständigkeit beim Beklagten für die Behandlung von gestützt auf § 22 und 24 HG gestellten Haftungsbegehren im Rahmen des Berufungsverfahrens überprüft werden. Die eingereichten Statuten dienen dem Nachweis der unrichtigen Rechtsanwendung und nicht der Einführung neuer Tatsachenbehauptungen, weshalb sie zuzulassen sind. Die Frage ist insofern von zentraler Bedeutung, als bei Stellungnahme einer unzuständigen Behörde die zuständige Behörde nicht Stellung genommen hat und der Klageweg offensteht (Schwarzenbach Hans Rudolf, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz mit Kommentar zum zürcherischen Haftungsgesetz, 2.A. Zürich 1985 S. 217). Die (einjährige) Verjährungsfrist von auf dem Haftungsgesetz beruhenden Ansprüchen Dritter gegen den Staat kann gemäss Auffassung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich nur durch eine ablehnende Stellungnahme der zuständigen Behörde ausgelöst werden. Bei Stillschweigen der Behörden läuft dem Privaten insofern keine Frist (Kass.-Nr. AA070026 Zirkulationsbeschluss vom 14.

November 2007 mit Verweis auf RB 2000 Nr. 160, Kass.-Nr. 99/302 Z, Entscheid vom 31. August 2000 i.S. V.).

d. Gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. c. HG sind bei Ansprüchen gegen Organisationen des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit die Haftungsbegehren beim obersten zur Vertretung befugten Organ einzureichen. Gemäss Art. 19 und 22 der Statuten des Spitalverbandes B._____ (Urk. 48) ist der Verwaltungsrat geschäftsführendes Organ und ihm obliegt die Geschäftsführung für den Verband und die Vertretung des Verbandes nach aussen. Somit dürfte tatsächlich der Verwaltungsrat zuständiges Organ zur Behandlung von Haftungsbegehren im Sinne von Art. 22 Abs. 1 lit. c. sein. Da Art. 21 der genannten Statuten sodann vorsieht, dass Präsidium und Spitaldirektion beziehungsweise deren Stellvertretung gemeinsam für den Verwaltungsrat zeichnen, dürfte das lediglich vom Spitaldirektor unterzeichnete Schreiben vom 23. September 2003 somit keine fristauslösende Haftungsablehnung der **zuständigen Behörde** darstellen. Dies kann letztlich jedoch offen bleiben, wie nachfolgend unter Ziff. 3.3. zu zeigen sein wird.

3.3. Fristauslösende Ablehnung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 HG

a. Nicht ganz klar geworden ist aus der Berufungsschrift, ob sich die Ausführungen des Klägers zu Art. 60 OR vorliegend auf die Verwirkungsfrist gemäss Art. 24 Abs. 1 HG oder die Frist gemäss Abs. 2 HG oder beide beziehen. Sofern der Kläger geltend machen wollte, die zweijährige Frist gemäss Art. 24 Abs. 1 HG habe erst ab Kenntnis des Schadens zu laufen begonnen, ist darauf nicht näher einzugehen, da beide Parteien der Meinung sind, das Schreiben vom 16. September 2004 des Klägers an den Spital B._____ stelle ein Haftungsbegehren im Sinne von § 24 Abs. 1 HG dar. Jedenfalls macht der Kläger nicht geltend, er habe dann später ein Haftungsbegehren gestellt, nachdem er den genauen Schaden habe beziffern können. Die Frist von Art. 24 Abs. 1 HG wurde somit unbestrittenermassen eingehalten.

b. aa. Beizupflichten ist der Beklagten darin (Urk. 52 S. 17f.), dass gemäss der klaren und unmissverständlichen Formulierung in § 24 Abs. 2 HG die einjährige

Verjährungsfrist mit der Mitteilung der Bestreitung des Anspruchs durch die zuständige Behörde zu laufen beginnt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Protokoll des Kantonsrates vom 11. Juni 1990 betreffend Beratung über die per 1. Juli 1991 in Kraft getretene Änderung des Haftungsgesetzes vom 2. Dezember 1990 (Protokoll des Zürcher Kantonsrats, Band VIII 1987 - 1991, S. 10215ff., insbesondere S. 10230f.). Hier besteht folglich keine Notwendigkeit gestützt auf § 29 HG subsidiär die Regeln des OR betreffend Lauf der Frist ab Kenntnis des Schadens zur Anwendung zu bringen. Mit Zustellung des Schreibens vom 23. September 2004 begann somit die einjährige Klagefrist gemäss § 24 Abs. 2 HG zu laufen, sofern - was umstritten ist - dieses Schreiben als klare Haftungsablehnung zu verstehen ist.

bb. Der Vollständigkeit halber ist hier anzuführen, dass die erkennende Kammer davon ausgeht, es handle sich gemäss dem massgebenden Gesetzestext von 1990 bei § 24 Abs. 1 HG um eine Verwirkungs- und bei § 24 Abs. 2 HG um eine Verjährungsfrist, wovon augrund des bewusst gewählten Gesetzeswortlautes auszugehen ist (Gross Balz, Die Haftpflicht des Staates, Diss. Zürich 1996, S. 183). Wurde indessen die einjährige Frist durch das fragliche Schreiben nicht ausgelöst, weil es nicht als Haftungsablehnung zu verstehen war, stellt sich die Frage der absoluten Verjährung. Hierzu findet sich keine ausdrückliche Regelung im Haftungsgesetz. In analoger Anwendung von § 25 HG und gestützt auf die gemäss § 29 anwendbare Regelung von Art. 60 Abs. 1 OR ist hierbei von zehn Jahren seit dem schädigenden Ereignis auszugehen (vgl. dazu Gross Jost, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2.A. Bern 2001. S. 96).

c. Entscheidend ist somit, ob das Schreiben des Spitaldirektors vom 23. September 2004 eine rechtsgenügende Ablehnung des Haftungsbegehrens darstellt.

Willenserklärungen sind - wie schon die Vorinstanz zutreffend ausführte - nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (Urk. 47 S. 12 mit Verweisen auf die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung, BGE 122 III 429; 123 III 168; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, All-

gemeiner Teil, Bd. I, 9. A. Zürich 2008, N 206ff.). Nach dem Vertrauensprinzip bestimmt sich dabei nicht nur der Inhalt einer Willenserklärung, sondern schon, ob einem bestimmten Verhalten Erklärungscharakter zukommt (Gauch/ Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., N 221). Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann jedoch - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632 mit Hinweisen).

aa. Dem Kläger ist darin zuzustimmen, dass weder der Brief von Dr. C._____ vom 7. April 2003 noch das Schreiben des Haftpflichtversicherers G._____ vom 27. August 2004 als massgebliche Stellungnahmen des Beklagten gelten können. Indessen darf diese Korrespondenz bei der Auslegung des Schreibens vom 23. September 2004 herangezogen werden. Ebenso die Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters vom 16. September 2004 an den Beklagten einerseits und an den Haftpflichtversicherer andererseits. Zunächst ergibt sich aus dem Schreiben von Dr. C._____, dass dieser die Angelegenheit an die Verwaltungsdirektion und die Haftpflichtversicherung weitergab. Es erfolgte somit keine eigentliche Stellungnahme zu möglichen Schadenersatzansprüchen (Urk. 17/21). Im Schreiben der G._____ wurde sodann der Schluss gezogen, dem Kläger sei weder ein wirtschaftlicher Schaden noch ein Haushaltsschaden entstanden und eine allfällige Arbeitsunfähigkeit wäre auf Prädispositionen zurück zu führen. Aber auch in diesem Schreiben wurde abschliessend auf die Möglichkeit hingewiesen, den Standpunkt bei Vorlage von Beweismitteln, welche diese Haltung widerlegten, zu überprüfen (Urk. 17/22). Zwar sah sich der klägerische Rechtsvertreter darauf hin veranlasst, mit Schreiben vom 16. September 2003 beim Beklagten unter Hinweis auf die mangelnde Vergleichsbereitschaft der "G._____" ein Haftungsbegehren zu stellen (Urk. 3/2); er gelangte jedoch gleichentags nochmals an den zuständigen Vertreter der D._____ mit der Aufforderung, auf seinen Standpunkt zurückzukommen, da ansonsten nur der Klageweg bleibe (Urk. 39/1). Damit brachte er nochmals zum Ausdruck, dass dies für den Kläger sozusagen der letzte Weg sei und er eine vergleichsweise Regelung vorziehen würde. Vermutlich wollte er damit auch ein wenig Druck ausüben und so die Versicherung doch noch zum Einlenken bewegen.

bb. Im massgebenden Antwortschreiben des Spitaldirektors (Urk. 3/3) wurde zunächst wunschgemäss der Eingang des Haftungsgesuchs bestätigt. Weiter wurde ausgeführt, eine Sorgfaltspflichtsverletzung sei nicht verneint und deshalb im Sinne einer Genugtuung auch eine Akontozahlung von Fr. 10'000.-- geleistet worden. Eine (höhere) Genugtuungsforderung wurde damit folglich nicht abgelehnt. Zum Schadenersatzbegehren wurde ausgeführt, der Kläger habe für die Bestimmung eines **möglichen wirtschaftlichen Schadens** (Hervorhebungen durch die erkennende Kammer) nicht die geforderten Beweismittel vorgelegt, und **solange** für den Zusammenhang zwischen der Ureterläsion und der angeführten Arbeitsunfähigkeit **Beweise fehlten**, würde sich der Beklagte auf den Standpunkt stellen, es liege kein wirtschaftlicher Schaden vor. Schliesslich steht darin wörtlich geschrieben: "*....Gerne sind wir bereit, in einem Gespräch mit Ihnen und unserem Haftpflichtversicherer aufgrund solcher Beweismittel unseren Standpunkt zu korrigieren. Es würde uns freuen, wenn Sie zu diesem Zwecke einen Termin mit unserem Sekretariat vereinbaren würden.*" Diese Formulierung zeigt deutlich, dass der Beklagte aufgrund der vorliegenden Beweismittel einen wirtschaftlichen Schaden zwar verneinte, aber dessen Existenz immerhin für möglich hielt und insbesondere für Vergleichsgespräche und eine gütliche Lösung offen war und konkret sogar die Vereinbarung eines Gesprächstermins vorschlug. Entgegen der Meinung der Vorinstanz kann somit nicht gesagt werden, dem Kläger habe klar sein müssen, dass über den wirtschaftlichen Schaden keine vergleichsweise Lösung zustande kommen dürfte. Die gewählte Formulierung stellt somit keine unzweideutige und damit klare Ablehnung jeglicher Schadenersatzzahlung dar.

cc. Im weiteren trifft zwar zu, dass dem Rechtsvertreter des Klägers die Frist gemäss § 24 Abs. 2 HG auch ohne speziellen Hinweis im Schreiben vom 23. September 2004 bekannt gewesen sein dürfte, wie die Vorinstanz richtig ausführt. Bei einer klaren Bestreitung der Haftung durch den Beklagten wäre ein entsprechender Hinweis folglich entbehrlich gewesen (vgl. Urk. 47 S. 15f. mit Verweis auf Schwarzenbach, a.a.O., S. 215). Bei einer derart offenen Formulierung (zwar wird ein wirtschaftlicher Schaden zur Zeit und aufgrund der bisher bekannten Beweismittel verneint, aber man ist bereit, weitere Vergleichsgespräche zu führen) wäre aber zumindest ein klarer Hinweis auf § 24 Abs. 2 HG und somit auf die fristaus-

lösende Bedeutung des Schreibens nötig gewesen. Wie unbestritten blieb, führten die Parteien respektive der Kläger und die Haftpflichtversicherung bis ins Jahr 2009 Vergleichsgespräche und gaben gar gemeinsam ein Gutachten in Auftrag. Dieses - wenn auch nachträgliche - Verhalten des Beklagten stellt im Zusammenhang mit der oben zitierten Aufforderung zur Vereinbarung eines Gesprächstermins einen deutlichen Hinweis auf dessen Vergleichsbereitschaft im Zeitpunkt der Stellungnahme vom 23. September 2004 dar und spricht ebenfalls gegen eine klare und endgültige Bestreitung jeglicher Schadenersatzansprüche.

dd. Zusammengefasst ergibt sich daher, dass in Anwendung des Vertrauensgrundsatzes im Schreiben vom 23. September 2004 keine klare Ablehnung des Haftungsbegehrens zu erblicken war und der Kläger berechtigte Hoffnung auf eine aussergerichtliche Einigung haben durfte. Damit fing - in Nachachtung und sinngemässer Anwendung der zitierten kassationsgerichtlichen Praxis, wonach eine (einjährige) Verjährungsfrist von auf dem Haftungsgesetz beruhenden Ansprüchen Dritter gegen den Staat nur durch eine **ausdrückliche** Ablehnung der zuständigen Behörde ausgelöst werden kann (Kass.-Nr. AA070026 Zirkulationsbeschluss vom 14. November 2007 mit Verweis auf RB 2000 Nr. 160, Kass.-Nr. 99/302 Z, Entscheid vom 31. August 2000 i.S. V.) - die Verjährungsfrist gemäss § 24 Abs. 2 HG nicht an zu laufen. Eine spätere klare Haftungsablehnung erfolgte offenbar nicht. Somit ergibt sich, dass bei Klageeinleitung im Jahre 2010 noch keine Verjährung eingetreten war. Das vorinstanzliche Urteil, mit welchem die Klage zufolge Verjährung abgewiesen worden war, ist folglich aufzuheben. Da das Behauptungsverfahren vor Vorinstanz noch nicht vollständig durchgeführt wurde, ist die Klage zur Ergänzung des Verfahrens und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen. Diese wird wiederum das bisherige Verfahrensrecht anzuwenden haben (Urteil des Bundesgerichts vom 17. Januar 2012 4A_471/2011 E 3.3).

III. Kosten - und Entschädigungsfolgen

Da das Urteil der Vorinstanz auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben ist, wird die erste Instanz im neu zu fällenden Urteil abschliessend über die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu entscheiden haben. Ausgangsgemäss wird der Beklagte im Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), da er mit Bezug auf die zentrale Frage der Verjährung unterliegt. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen (§ 12 Abs. 1 GebV OG, Gebührenverordnung des Obergerichts). Der Beklagte ist sodann zu verpflichten, dem Kläger in Anwendung von § 10 der Verordnung über die Anwaltsgebühren eine auf einen Fünftel reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 5'300.-- (inkl. 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Das vorinstanzliche Urteil wird aufgehoben und die Klage wird zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurück gewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'000.-- festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 12'000.-- zu ersetzen.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.-- zu bezahlen.

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

   Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 556'118.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. August 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Subotic

versandt am:
mc