



Kass.-Nr. AA080130/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 10. Juli 2009

in Sachen

X.

Klägerin, Appellatin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.

Beklagter, Appellant und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss und das Urteil der
II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2008
(LB070023/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdegegner ist Chirurg. Gemäss den insoweit von der Beschwerdeführerin unbeanstandeten vorinstanzlichen Feststellungen hatte er bei der Beschwerdeführerin im Jahre 1973 eine Tractopexie durchgeführt. Dies ist eine chirurgische Behandlung einer "schnellenden Hüfte". Dabei wird ein Muskel am Oberschenkelknochen neu befestigt. 1980 hatte der Beschwerdegegner an der Beschwerdeführerin eine Meniskusoperation vorgenommen. Am 16. September 1993 operierte der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin erneut. Dabei entfernte er Verkalkungen sowie einen Schleimbeutel und führte wiederum eine Tractopexie durch. Nach der Operation traten bei der Beschwerdeführerin Probleme beim Sitzen und Gehen und Schmerzen auf (angefochtenes Urteil = KG act. 2 S. 3). Heute ist sie wegen einer schmerzhaften Funktionsstörung des rechten Hüftgelenks auf die tägliche Einnahme von Schmerzmitteln angewiesen, benötigt zum Gehen einen Stock, ist teilweise erwerbsunfähig und bezieht eine halbe IV-Rente, kann sich sportlich nicht mehr betätigen und kaum mehr Haushaltarbeiten erledigen (KG act. 2 S. 9).

2. Die Beschwerdeführerin sieht die Ursache ihrer gesundheitlichen Probleme in der durch den Beschwerdegegner ausgeführten Tractopexie vom 16. September 1993. Dieser bestreitet einen Kausalzusammenhang zwischen dieser Operation und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Am 15. Oktober 2002 reichte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Zürich eine Klage gegen den Beschwerdegegner ein mit dem Rechtsbegehren, dieser sei zu verpflichten, ihr eine Genugtuung nebst Zins in einer nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Höhe "(Streitwert über Fr. 30'000.--)" zu bezahlen. Ferner sei davon Vormerk zu nehmen, dass sie sich "die weiteren Schadenersatzforderungen" aus der Behandlung beim Beschwerdegegner im Jahre 1993 vorbehalte (BG act. 2 S. 2, KG act. 2 S. 2). Das Bezirksgericht erachtete es als erwiesen, dass der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin ungenügend über die Operation vom September 1993 aufgeklärt habe. Für die Tractopexie vom 16. September

1993 sei keine rechtfertigende Einwilligung der Beschwerdeführerin vorhanden gewesen (BG act. 118 S. 27). Der Kausalzusammenhang (sowohl der natürliche wie auch der adäquate Kausalzusammenhang) zwischen dieser Tractopexie und der Verschlechterung des Gesundheitszustandes bei der Beschwerdeführerin sei zu bejahen (BG act. 118 S. 35). Mit Urteil vom 23. Januar 2007 verpflichtete das Bezirksgericht den Beschwerdegegner in teilweiser Gutheissung der Klage, der Beschwerdeführerin eine Genugtuung von Fr. 35'000.-- nebst Zins seit 16. September 1993 zu bezahlen, und wies die Klage im übersteigenden Betrag ab (BG act. 118 S. 39). Gegen dieses Urteil erklärte der Beschwerdegegner Berufung. Mit Beschluss vom 10. Juni 2008 nahm das Obergericht des Kantons Zürich (dessen II. Zivilkammer) davon Vormerk, dass das bezirksgerichtliche Urteil insofern rechtskräftig sei, als damit die Klage im Fr. 35'000.-- übersteigenden Umfang abgewiesen worden sei. Mit gleichzeitigem Urteil wies das Obergericht die Klage ab (KG act. 2 S. 22), weil der Beschwerdeführerin der Beweis für den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen ihren gesundheitlichen Beeinträchtigungen und der Tractopexie vom 16. September 1993 nicht gelungen sei (KG act. 2 S. 20 f. Erw. 4).

3. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 10. Juni 2008 und gegen das gleichzeitige Urteil reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) (OG act. 162/2, KG act. 1 [= Beschwerde]) eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht ein. Mit dieser beantragt sie, das angefochtene Urteil und der angefochtene Beschluss seien aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung bzw. (bezüglich des Beschlusses) zur Präzisierung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die ihr auferlegte Prozesskaution von Fr. 7'200.-- leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (KG act. 5, 6/1, 11). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde. Mit seiner innert erstreckter Frist (KG act. 14) erstatteten Beschwerdeantwort beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des angefochtenen Urteils (KG act. 16). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 17, 18/1). Mit Ausnahme einer Anfrage der Beschwerdeführerin, wann

mit einem Entscheid des Kassationsgerichts gerechnet werden könne (KG act. 19), erfolgten im vorliegenden Verfahren keine weiteren Eingaben.

II.

1. Die Vorinstanz erwog, zentrale strittige Frage sei im Berufungsverfahren der natürliche Kausalzusammenhang zwischen den chronischen körperlichen Beeinträchtigungen der Beschwerdeführerin und der vom Beschwerdegegner am 16. September 1993 ausgeführten Tractopexie (KG act. 2 S. 7). Der Beschwerdegegner habe nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerin seit der Operation an einer Atrophie (Rückbildung, Schwund) der Hüftspreizmuskeln leide und wegen der schmerzhaften Funktionsstörung des rechten Hüftgelenks gesundheitlich wesentlich beeinträchtigt sei (KG act. 2 S. 9). Kein Streitpunkt sei auch (sondern auch das sei unbestritten), dass die von der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Beeinträchtigungen der Gehfähigkeit, die chronischen Schmerzen und die daraus resultierenden Einschränkungen bezüglich der Erwerbstätigkeit, Sportausübung und Haushaltführung Folgen dieser Atrophie sein könnten (KG act. 2 S. 10). Zu prüfen sei deshalb (zunächst), ob der natürliche Kausalzusammenhang zwischen der fraglichen Operation vom 16. September 1993 und der Atrophie der Hüftspreizmuskeln der Beschwerdeführerin bestehe (KG act. 2 S. 10). Sie habe geltend gemacht, dass durch die Tractopexie der nervus glutaeus superior, d.h. derjenige Nerv, der die Gesässmuskeln versorge, verletzt worden sei (KG act. 2 S. 10). In der Folge prüfte die Vorinstanz verschiedene in den Akten liegende medizinische Stellungnahmen von Ärzten zur Frage, ob die Beschwerdeführerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen habe, dass der Beschwerdegegner bei der fraglichen Tractopexie vom 16. September 1993 den nervus glutaeus superior direkt oder indirekt verletzt habe (KG act. 2 S. 10 - 21). Gestützt auf diese Prüfung verneinte sie diese Frage und wies die Klage ab (KG act. 2 S. 20 f. Erw. 4).

2. Die Beschwerdeführerin rügt verschiedentlich, dass die Vorinstanz kein medizinisches Gutachten eingeholt habe (Beschwerde KG act. 1 S. 19, S. 22, S. 29, S. 32, S. 35; vgl. auch S. 13 lit. e).

2.1. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, wo (im vorinstanzlichen Verfahren) und zu welchen Behauptungen sie die Einholung eines medizinischen Gutachtens beantragt hatte. Insoweit sind die Rügen, die Vorinstanz habe kein medizinisches Gutachten eingeholt, ungenügend substantiiert. Die Substantiierung ergibt sich jedoch im Zusammenhang mit anderen von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen. So rügt die Beschwerdeführerin verschiedentlich, dass die Vorinstanz in Würdigung vorliegender Beweise, aber ohne eigentliches Beweisverfahren streitige tatsächliche Fragen entschieden habe (KG act. 1 S. 8). Bei der Behandlung dieser Rüge war vorab zu prüfen, ob die Vorinstanzen tatsächlich kein eigentliches Beweisverfahren durchgeführt hatten. Dabei zeigte sich, dass die Erstinstanz einen Beweisaufgabebeschluss erlassen hatte (BG Prot. S. 8 ff.; act. 59), die Parteien Beweisantragungsschriften eingereicht hatten (BG act. 68, 72) und die Erstinstanz einen Beweisabnahmebeschluss erlassen hatte (BG Prot. S. 16 ff., act. 76). Einerseits ergab sich daraus, dass die Rüge der fehlenden Durchführung eines eigentlichen Beweisverfahrens unbegründet ist. Andererseits zeigte sich in diesem Zusammenhang auch sofort, dass die Beschwerdeführerin zu zahlreichen Beweissätzen, insbesondere auch zu den Beweissätzen I.13, I.14, I.17 und I.18 (vgl. dazu nachfolgend Erw. 2.4) die Einholung eines medizinischen (orthopädisch-chirurgischen) Gutachtens beantragt hatte (BG act. 68 S. 3 ff., act. 76 S. 11 - 14). Zudem hat die Beschwerdeführerin in der Beschwerde immerhin mit der Darstellung, die Erstinstanz habe nur einen Teil der Beweise abgenommen, auf die Beweisantragungsschriften der Parteien verwiesen (KG act. 1 S. 8), nachdem sie bei der Schilderung des Sachverhalts auf ein von beiden Parteien beantragtes medizinisches Gutachten, das die Erstinstanz als nicht notwendig erachtet habe, hingewiesen hatte (KG act. 1 S. 4).

2.2. Bei der Behandlung der Rüge, die Vorinstanz habe bei ihrer Beweiswürdigung die Akten BG act. 4/13 - 4/15 nicht berücksichtigt, war zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin überhaupt bereits vor den Vorinstanzen darauf berufen hatte, wie sie in der Beschwerde geltend machte (KG act. 1 S. 11 f.). Nachdem sich zeigte, dass sie sich tatsächlich in der Klageschrift vor Erstinstanz darauf bezogen und diese Akten eingereicht und als Beweismittel offeriert hatte (BG act. 2 S. 11), war zu prüfen, ob sie diese auch im eigentlichen Beweisverfah-

ren genannt hatte (was nicht der Fall ist; vgl. nachfolgend Erw. 3.4). Auch bei dieser Prüfung erschienen unweigerlich die Beweisofferten des medizinischen Gutachtens.

2.3. Der Beschwerdegegner macht diesbezüglich weder ungenügende Substantiierung geltend noch, dass auf diese Rüge deswegen (wegen ungenügender Substantiierung) nicht eingetreten werden dürfe. Im Zusammenhang mit der Rüge der unterlassenen Einholung eines Gutachtens führt er lediglich aus, die medizinische Situation sei umfassend abgeklärt und beurteilt worden, insbesondere durch ein umfassendes FMH-Gutachten; ein erneuter Gutachter wäre mit einer gegenüber 1993 völlig veränderten medizinischen Situation konfrontiert, weil seither 15 Jahre vergangen seien und das damalige Operationsgebiet durch eine weitere Operation grundlegend verändert worden sei (KG act. 16 S. 4). Damit plädiert der Beschwerdegegner für einen Verzicht auf die Einholung eines (weiteren) medizinischen Gutachtens im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung, weil ein solches Gutachten von vornherein an dem aus den vorhandenen Dokumenten gewonnenen Ergebnis nichts mehr ändern könnte. Die Vorinstanz nahm indes (auch entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin in KG act. 1 S. 8 Ziff. 7) keine solche antizipierte Beweiswürdigung vor, sondern erläuterte überhaupt nicht, weshalb sie entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin kein (gerichtliches) medizinisches Gutachten einholte. Überdies ist die vorweggenommene Beweiswürdigung nach der Praxis des Kassationsgerichtes nur zulässig, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass die Abnahme des Beweismittels auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (vgl. Kass.-Nr. AA070186 vom 10.10.2008 Erw. III.2.c mit Verweisung auf ZR 87 Nr. 125, Erw. 4a; RB 1999 Nr. 87, 1985 Nr. 54). Auch davon ging die Vorinstanz nicht aus. Der Einwand des Beschwerdegegners geht am angefochtenen Urteil vorbei und vermag die Rüge nicht zu widerlegen.

2.4. Die Erstinstanz beschloss auf entsprechende Beweisofferten der Beschwerdeführerin, u.a. zu folgenden Behauptungen, bezüglich welchen der Beschwerdeführerin der Beweis auferlegt worden ist, ein orthopädisch-chirurgi-

sches Gutachten einzuholen: Dass der Beschwerdegegner anlässlich der Operation vom 16. September 1993 den nervus glutaesus superior der Beschwerdeführerin versehentlich direkt verletzt hat (BG act. 76 S. 11 zu Beweissatz 13), dass der Beschwerdegegner den nervus glutaesus superior jedenfalls indirekt geschädigt hat (BG act. 76 S. 11 zu Beweissatz 14), dass durch die Verletzung des nervus glutaesus superior ein schleichernder Dehnungsschaden entstanden ist, der im vorliegenden Fall über Monate zum kompletten Ausfall des Nervs und zur Degeneration der Muskeln, d.h. zu einem Muskelschwund geführt hat (BG act. 76 S. 13 zu Beweissatz 17), und dass die Tractopexie vom 16. September 1993 zu einer wesentlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin geführt hat (BG act. 76 S. 13 f. zu Beweissatz 18). Die Erstinstanz holte indes kein solches Gutachten ein. Sie erwog, ein gerichtliches Gutachten erübrige sich, weil der Beschwerdegegner selber generell Reoperationen als riskanter und für Ärzte als belastend bezeichne, zur Stützung seines Standpunkts auf ein FMH-Gutachten verweise und den Nutzen einer erneuten Begutachtung unter den heute veränderten Umständen zu Recht in Zweifel ziehe sowie weil mit Dr. A. im Beweisverfahren ein sachverständiger Zeuge schlüssige Aussagen zum Thema gemacht habe. Die Erstinstanz bejahte den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der Tractopexie und der Verschlechterung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin (BG act. 118 S. 35). Die Vorinstanz gelangte zum gegenteiligen Ergebnis, weil es der Beschwerdeführerin nicht gelungen sei, 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 Beschwerdegegner bei ihr vorgenommenen Tractopexie seien. Weder sei der Beweis dafür erbracht, dass der nervus glutaesus superior bei dieser Operation verletzt worden sei, noch lasse sich durch den Ausschluss aller anderen möglichen Ursachen indirekt auf eine solche Läsion schliessen, welche zum Muskelschwund geführt habe. Es fehle am Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem fraglichen Handeln des Beschwerdegegners und der Körperschädigung der Beschwerdeführerin (KG act. 2 S. 20 f. Erw. 4). Die Vorinstanz nahm bei ihrer Beweiswürdigung in keiner Weise Bezug auf die Beweis-

offerte der Beschwerdeführerin der Einholung eines medizinischen (orthopädisch-chirurgischen) Gutachtens und erklärte nicht, weshalb auf die Einholung eines solchen zu verzichten sei, obwohl die Beschwerdeführerin den ihr obliegenden Beweis mit den bereits im Recht liegenden medizinischen Stellungnahmen nicht erbracht habe. Es ist nicht zulässig, eine Klage deswegen abzuweisen, weil dem Kläger ein ihm obliegender Beweis nicht gelungen sei, wenn vom Kläger dafür offerierte Beweismittel ohne Grund nicht abgenommen werden, dem Kläger also die Beweisführung gar nicht (vollumfänglich) ermöglicht wird. Nimmt das Gericht wie im vorliegenden Fall zwar einzelne, aber nicht alle angerufenen Beweise ab, liegt darin eine Verkürzung der prozessualen Rechte, eine Verletzung des Gehörsanspruchs der betroffenen Partei und damit die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, d.h. ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (vgl. ZR 106 [2007] Nr. 32 S. 156 re. Sp. mit Verweisung auf Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. auch ZR 95 [1996] Nr. 73). Diese Rüge ist begründet. Das angefochtene Urteil ist bereits aus diesem Grund aufzuheben, und die Sache ist zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens (Einholung eines medizinischen Gutachtens nach eventueller vorgängiger Kostensicherstellung durch die Beschwerdeführerin) und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht über die weiteren Rügen zum angefochtenen Urteil (und die entsprechenden Entgegnungen in der Beschwerdeantwort) nicht mehr entschieden zu werden. Es erscheint aber im Hinblick auf das neue Verfahren und eine allfällige weitere Nichtigkeitsbeschwerde angebracht, folgende Bemerkungen anzufügen:

3.1. Fragen der Anwendung des Bundesrechts (insbesondere Rügen der Verletzung klaren materiellen Rechts [KG act. 1 S. 6 f.], aber auch die Verteilung der Beweislast [KG act. 1 S. 33 f. Ziff. 22]) können im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren nicht geprüft werden, da sie das Bundesgericht im Rahmen einer möglichen Beschwerde in Zivilsachen frei prüfen kann (vgl. § 285 ZPO [der als Spezialnorm § 281 ZPO vorgeht] und Art. 95 lit. a i.V. mit Art. 72 ff. BGG).

3.2. Eine Voraussetzung dafür, dass ein Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden kann, ist ein dadurch der Beschwerdeführerin entstandener Nachteil

(§ 281 ZPO). Liegt ein solcher nicht auf der Hand, hat die Beschwerdeführerin auch ihn darzutun und nachzuweisen. Bei der Rüge, die Vorinstanz habe unzutreffenderweise angenommen, dass das FMH-Gutachten von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegeben worden sei (während dies gemäss Beschwerde ihr früherer Rechtsvertreter mit Zustimmung des Beschwerdegegners getan habe [KG act. 1 S. 9 f.]), liegt kein solcher Nachteil auf der Hand.

3.3. Die Rüge, die Vorinstanz habe die Behauptung der Beschwerdeführerin gar nicht zur Kenntnis genommen, der Schaden des Nervs (nervus glutaesus superior) sei durch eine Überdehnung entstanden (KG act. 1 S. 11, S. 21), ist nicht nachvollziehbar, nachdem die Vorinstanz diese Behauptung explizit zitierte (KG act. 2 S. 10) und sich auf rund 10 Seiten gerade (auch) damit auseinandersetzte (KG act. 1 S. 10 - 19).

3.4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Dokumente BG act. 4/13 - 4/15 nicht in ihre Beweiswürdigung einbezogen (KG act. 1 S. 12 f.). Zwar zeigt die Beschwerdeführerin auf, dass sie diese Dokumente in ihrer Klagebegründung zum Beweis für die Behauptung offeriert hatte, Prof. B. von der Universitätsklinik C. sei zum Schluss gekommen, dass sich die Beschwerden der Beschwerdeführerin am ehesten mit einer Schädigung des nervus glutaesus superior in Einklang bringen liessen (KG act. 1 S. 11 i.V. mit BG act. 2 S. 11 Ziff. 13). In ihrer Beweisantretungsschrift (BG act. 68) hat sie indes diese Dokumente nicht mehr als Beweismittel angeführt, obwohl die Erstinstanz im Beweisauftragsbeschluss explizit Frist zur Nennung auch derjenigen Beweismittel angesetzt hatte, welche bereits im Hauptverfahren bezeichnet worden waren (BG act. 59 S. 8 Ziff. IV.1). Die Vorinstanz wird im Rahmen der neuen Beurteilung zu prüfen haben, ob diese Dokumente zu berücksichtigen sind (ggfs. auch als dem Gutachter zu unterbreitende medizinische Vorakten, wenn ein medizinisches Gutachten eingeholt wird).

3.5. Weshalb die Vorinstanz in Anwendung von § 55 ZPO von der Beschwerdeführerin einen Biopsiebericht (vom 13.12.1994; KG act. 1 S. 19) hätte verlangen müssen, wie sie geltend macht (KG act. 1 S. 20 f.), erläutert sie nicht und ist auch nicht ersichtlich, nachdem sie diesen Bericht nicht in ihre Beweis-

antretung aufgenommen hatte und sie nicht darlegt, was für ein Vorbringen ihrerseits unklar, unvollständig oder unbestimmt geblieben sei und deshalb Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO hätte geben müssen. Eine Verweisung auf eine "Anwendung des § 55 durch die gleiche Kammer im Fall Dr. R. gegen H, Kass.-Nr. AA070108" (KG act. 1 S. 20) ist dermassen unsubstantiiert, dass damit nichts begründet werden kann.

3.6. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe als Bedingung für einen indirekten Nachweis der Verletzung des nervus glutaeus superior genannt, ein solcher indirekter Beweis dürfe nur geführt werden, wenn die Nervverletzung mit der EMG zwingend nachgewiesen werden könne (KG act. 1 S. 21). An der von der Beschwerdeführerin dazu zitierten Stelle hat die Vorinstanz indes gerade das Gegenteil erwogen (KG act. 2 S. 17). Für eine allfällige zukünftige Beschwerde sei dem Vertreter der Beschwerdeführerin empfohlen, das Beschwerdeverfahren nicht mit offensichtlich unzutreffenden Rügen zu belasten (vgl. auch vorstehend Erw. 3.3), welche bei sorgfältigem Studium des angefochtenen Entscheids ohne weiteres vermieden werden können.

3.7. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführerin sei zuzustimmen, dass der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen der Operation und ihren körperlichen Beschwerden auch indirekt erbracht werden könne, wenn alle möglichen denkbaren Ursachen ausser der Nervenverletzung ausgeschlossen werden könnten (KG act. 2 S. 16). Der Beschwerdegegner mache geltend, dass andere Ursachen als die Nervenverletzung wahrscheinlicher seien. Er verweise dabei auf die Feststellung im FMH-Gutachten, wonach die Schmerzgenese eine andere, unbekante Ursache haben müsse. Die Beschwerdeführerin selber führe aus, dass diese Experten, weil sie die Ursache der Schädigung des nervus glutaeus superior nicht hätten finden können, geschrieben hätten, dass nach ihrer Auffassung ein multifaktorielles Geschehen angenommen werden müsse, das nicht geklärt sei. Diese gutachterlichen Feststellungen ständen somit der Annahme entgegen, es müsse aus dem Fehlen einer anderen denkbaren Ursache auf eine Nervenverletzung geschlossen werden, da sie andere Ursachen ausdrücklich nicht ausschlossen, sondern für durchaus möglich hielten. Dabei spiele

es keine Rolle, dass sie diese Ursachen nicht hätten konkret bezeichnen können. Entscheidend sei, dass sie solche für durchaus möglich gehalten hätten und nicht etwa ausschliessen (KG act. 2 S. 17).

Die Beschwerdeführerin rügt, damit verlange die Vorinstanz Unmögliches von ihr, nämlich die Widerlegung gar nicht genannter Ursachen (bzw. das Finden irgendwelcher nicht bezeichneter möglicher Ursachen und darauf die Widerlegung derselben) (KG act. 1 S. 22 - 26).

Diese Rüge scheint begründet, wenn diese vorinstanzlichen Erwägungen für sich allein betrachtet werden. Steht der Beschwerdeführerin eine indirekte Beweisführung im Sinne eines Ausschlussverfahrens zu - alle andern Möglichkeiten ausser einer (nämlich der Nervenverletzung) werden ausgeschlossen -, so müssen diese andern Möglichkeiten konkretisiert werden, damit sie die Beschwerdeführerin ausschliessen kann. Andernfalls wird ihr eine solche Beweisführung verunmöglicht. Sie kann nicht gar nicht genannte Möglichkeiten ausschliessen. Kann (weder vom Beschwerdegegner noch von medizinischen Experten) keine andere Möglichkeit konkret benannt werden, gelingt der Beschwerdeführerin der Beweis im Ausschlussverfahren - sofern die Nervenverletzung als (demnach einzige konkret vorhandene) Möglichkeit medizinisch überhaupt in Frage kommt. Ein Scheitern der Beweisführung im Ausschlussverfahren fiele (nur) dann in Betracht, wenn eine andere Möglichkeit konkret benannt würde, welche die Beschwerdeführerin nicht ausschliessen könnte, oder wenn (als [Gegen-]Beweis) erstellt wäre, dass die Nervenverletzung die Atrophie nicht verursacht haben kann.

Gemäss den weiteren, nachfolgenden vorinstanzlichen Erwägungen hat indes der Beschwerdegegner mindestens eine andere Möglichkeit konkret genannt, nämlich eine bereits vor der Operation vom 16.9.1993 bestehende Atrophie (mit einem sogen. "Trendelenburg" als Symptom), deren Ursache ggfs. auch (statt der Operation vom 16.9.1993) die Ursache für die Zunahme der Atrophie nach der Operation sein könne (KG act. 2 S. 18 f.; vgl. auch Beschwerdeantwort KG act. 16 S. 26). Es stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin diese Möglichkeit widerlegen kann. Auch diese Frage wird im Rahmen des von

der Beschwerdeführerin beantragten und einzuholenden medizinischen Gutachtens geprüft werden können und bei der Auftragserteilung zu beachten sein.

3.8. Die Vorinstanz erwog im Zusammenhang mit der Prüfung eines Berichtes von Prof. D., es müsse offen bleiben, ob die Verschlimmerung des Muskelschwunds auf die Operation (offensichtlich gemeint: die streitgegenständliche Operation vom 16.9.1993) zurückzuführen sei oder ob die bereits vorher vorhandene Atrophie sich im Laufe der Jahre auch ohne die zweite Tractopexie zu einer "mittelschweren", wie sie im FMH-Gutachten festgestellt worden sei, entwickelt hätte (KG act. 2 S. 19).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, diese Frage dürfe nicht offen gelassen werden, weil sie überhaupt das Hauptthema des Prozesses sei (KG act. 1 S. 32).

Tatsächlich ist diese vorinstanzliche Erwägung nicht nachvollziehbar. Tatsächlich gehört die Frage, ob die Verschlimmerung des Muskelschwunds auf die Operation vom 16.9.1993 zurückzuführen ist oder nicht, zum zentralen Prozess-thema und kann demnach nicht offen gelassen werden. Die Vorinstanz liess sie indes auch gar nicht offen (vgl. auch KG act. 2 S. 20 zweiter Absatz), sondern verneinte sie mit ihrer Beweiswürdigung, der Beschwerdeführerin sei der Beweis für einen Kausalzusammenhang zwischen der Atrophie (Muskelschwund) und der Operation vom 16.9.1993 nicht gelungen. Bei der hierunter gerügten vorinstanzlichen Formulierung muss es sich demnach um eine missverständliche Formulierung handeln.

3.9. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Erstinstanz habe ihre Behauptung, dass durch die Verletzung des nervus glutaesus superior ein schleichender Dehnungsschaden entstanden sei, der zum kompletten Ausfall des Nervs und zu einem Muskelschwund geführt habe, zum Beweis verstellt. In seiner Beweisantretungsschrift habe der Beschwerdegegner kein Gegenbeweismittel offeriert. Deshalb hätte diese Behauptung in Anwendung der Verhandlungsmaxime dem Urteil zugrunde gelegt werden müssen (KG act. 1 S. 34).

Wenn die Erstinstanz diese Behauptung zum Beweis verstellte, dann deshalb, weil sie bestritten war. Denn nur über streitige Tatsachen ist Beweis abzunehmen (§ 133 ZPO). Wenn der Beschwerdegegner kein Gegenbeweismittel dazu offerierte, bedeutet dies keine Anerkennung der Behauptung und betrifft die Verhandlungsmaxime nicht. Auch ohne Offerte eines Gegenbeweismittels hat die Beschwerdeführerin ihrerseits die Behauptung zu beweisen.

3.10. Die Beschwerdeführerin hält fest, dass ihr auch bei Verneinung der natürlichen Kausalität ein Genugtuungsanspruch zustehe, weil der Eingriff ohne ihre Einwilligung und somit widerrechtlich erfolgt sei (KG act. 1 S. 35 Ziff. 35). Dies ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, welche deshalb nicht zum Thema des vorliegenden Beschwerdeverfahrens gemacht werden kann.

4. Die Beschwerdeführerin ficht auch den vorinstanzlichen Beschluss der Vormerknahme davon an, dass das erstinstanzliche Urteil vom 23. Januar 2007 insofern rechtskräftig sei, als damit die Klage im Fr. 35'000.-- übersteigenden Betrag abgewiesen wurde. Die Beschwerdeführerin beanstandet, der Wortlaut dieses Beschlusses sei unpräzis. Abstrakt betrachtet, ohne Beizug des Klagebegehrens, lasse er die Interpretation zu, dass alle weiteren Ansprüche der Beschwerdeführerin, sofern sie den Betrag von Fr. 35'000.-- überstiegen, rechtskräftig abgewiesen worden seien. Das würde die Dispositionsmaxime verletzen, weil sie nur ihre Genugtuungsansprüche eingeklagt habe (KG act. 1 S. 35 f. Ziff. 26).

Diese Rüge geht fehl. Bei jedem Urteil, mit welchem eine Klage abgewiesen wird, ist zur Prüfung der Frage, was für eine Klage abgewiesen wurde, das Rechtsbegehren heranzuziehen. Auch mit dem angefochtenen Beschluss wurde nichts anderes als "die Klage" - also das, was die Beschwerdeführerin eingeklagt hat - im Fr. 35'000.-- übersteigenden Umfang als rechtskräftig abgewiesen vorge-merkt. Da die Beschwerdeführerin ihrerseits gegen das erstinstanzliche Urteil, mit welchem die Klage im Fr. 35'000.-- übersteigenden Betrag abgewiesen wurde, kein Rechtsmittel eingelegt hat, verletzt der vorinstanzliche Beschluss die Dispositionsmaxime nicht und ist auch kein anderer Nichtigkeitsgrund ersichtlich. Die

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 10. Juni 2008 geht fehl und ist abzuweisen.

III.

Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den angefochtenen Beschluss ist abzuweisen, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das angefochtene Urteil gutzuheissen. Der Beschwerdegegner beantragte die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, begründete diese Anträge bezüglich des angefochtenen Urteils und äusserte sich nicht zum ebenfalls angefochtenen vorinstanzlichen Beschluss bzw. der diesbezüglichen Beschwerde. Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrer Beschwerde gegen das angefochtene Urteil und unterliegt mit ihrer Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluss. Die Streitwerte des Beschlusses und des Urteils sind gleich hoch, nämlich je Fr. 35'000.--. Damit liesse sich rechtfertigen, die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Der Umfang der Beschwerde gegen das Urteil (KG act. 1 S. 1 - 35; rund 35 Seiten) und entsprechend der Aufwand bei der Prüfung im Verhältnis zum Umfang der Beschwerde gegen den Beschluss (KG act. 1 S. 1 f., S. 35 f.; ca. 1 Seite) und dem Aufwand bei der diesbezüglichen Prüfung drängen jedoch eine andere Kostenverteilung auf. Es rechtfertigt sich, dem bezüglich der weit aufwendigeren Beschwerde gegen das Urteil unterliegenden Beschwerdegegner dafür drei Viertel der Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen und der bezüglich der Beschwerde gegen den Beschluss unterliegenden Beschwerdeführerin einen Viertel.

Für die Prozessentschädigungen ist zu trennen zwischen der Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluss und der Beschwerde gegen das angefochtene Urteil. Bezüglich der Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluss steht keiner Partei eine Prozessentschädigung zu. Der Beschwerdeführerin nicht, weil sie diesbezüglich unterliegt. Dem Beschwerdegegner nicht, weil er dazu keine Anträge stellte und sich dazu nicht äusserte. Bezüglich der Beschwerde gegen das angefochtene Urteil steht der diesbezüglich vollumfänglich obsiegenden Beschwerdeführerin eine volle Prozessentschädigung zulasten des unterliegen-

den Beschwerdegegners zu. Diese ist auf dem Streitwert des Urteils von Fr. 35'000.-- zu berechnen.

IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2008 (Vormerknahme der Rechtskraft des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Januar 2007, soweit damit die Klage im Fr. 35'000.-- übersteigenden Betrag abgewiesen wurde) wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der diesbezüglichen Beschwerde wird das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 7'150.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin zu einem Viertel und dem Beschwerdegegner zu drei Vierteln auferlegt.
5. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.-- zu bezahlen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an die 7. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (CG020218), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: