



Kass.-Nr. AA100109-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, und die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 7. September 2011

in Sachen

F*,

...,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Kanton Zürich,

8090 Zürich,

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Haftung / Schadenersatz

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Juli 2010 (LB090079/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Beim Kläger (Beschwerdeführer) wurde im Jahr 1987 eine chronische Niereninsuffizienz diagnostiziert. Ab Oktober 1988 musste er sich dreimal pro Woche in ein Spital zur Hämodialyse begeben. Am 18. April 1991 wurde nach einem Motorradunfall ein Patient ins Universitätsspital Zürich eingeliefert. Dieser starb am Abend des 19. April 1991. Es erfolgte eine Explantation beider Nieren. Ebenfalls am 19. April 1991 ging beim Labor der Abteilung für Klinische Immunologie des Universitätsspitals eine Blutprobe des Organspenders ein, bei der am gleichen Tag Anti-HCV (Antikörper gegen das Hepatitis C Virus) nachgewiesen wurden. Am 20. April 1991 wurde dem Kläger im Universitätsspital eine der beiden Leihennieren implantiert. Die Nierentransplantation wurde lege artis durchgeführt und die folgende Funktionstätigkeit der implantierten Niere gab zu keinen Beanstandungen Anlass. Der Kläger wurde jedoch vor der Nierentransplantation nicht darüber informiert, dass das Blut des Organspenders auf Antikörper des HCV positiv getestet worden war. Auch die Ärzte, welche die Nierentransplantation chirurgisch durchführten, wussten nicht von diesem Bluttestergebnis. Während der Hospitalisation des Klägers in Zürich wurde bei ihm keine Hepatitis C Serokonversion beobachtet. Im Mai 1997 erfuhr der Kläger anlässlich einer ärztlichen Kontrolle im Stadtspital Waid, dass er mit dem Hepatitis C Virus infiziert sei. Dies wurde im Oktober 1997 wiederum im Stadtspital Waid, in welches er notfallmässig eingeliefert worden war, bestätigt. In der Folge wurde der Kläger voll invalid.

Mit Schreiben vom 7. März 1998 machte der Kläger gegenüber dem Universitätsspital eine Schadenersatz- und Genugtuungsforderung geltend (BG act. 3/2). Das Universitätsspital lehnte diese Forderung mit Schreiben vom 21. Juli 1998 ab (BG act. 3/3). Am 23. März 1999 machte der Kläger seine Forderung gegenüber dem Regierungsrat des Kantons Zürich geltend (BG act. 3/4). Die Parteien einigten sich auf die Einholung eines aussergerichtlichen Gutachtens (vgl. BG act. 3/10).

b) Mit Eingabe vom 10. Juli 2003 erhob der Kläger beim Bezirksgericht Zürich Klage mit dem Rechtsbegehren, der Kanton Zürich (Beklagter, Beschwerdegegner) sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 1'693'928.50 zuzüglich Zins zu bezahlen (BG act. 1). Nach Durchführung eines Beweisverfahrens wies das Bezirksgericht die Klage mit Urteil vom 29. Juni 2005 ab (BG act. 44). Dagegen erhob der Kläger Berufung beim Obergericht. Dessen I. Zivilkammer hob das genannte Urteil mit Beschluss vom 27. November 2006 auf und wies die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen des obergerichtlichen Beschlusses und zu neuer Entscheidung an das Bezirksgericht zurück (BG act. 47). Nach Durchführung eines entsprechenden Beweisverfahrens wies das Bezirksgericht die Klage mit Urteil vom 25. August 2009 erneut ab (BG act. 182 = OG act. 187). Dagegen erhob der Kläger wiederum Berufung.

Das Obergericht (I. Zivilkammer) nahm mit Beschluss vom 7. Juli 2010 davon Vormerk, dass der Kläger seine Klage auf Fr. 1'489'307.-- reduziert hatte, und wies die Klage mit Urteil desselben Tages ab (OG act. 286 = KG act. 2).

2. Mit vorliegender, fristgerecht erhobener Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Kläger, es sei das genannte Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur vollständigen Feststellung des rechtserheblichen Tatbestandes mittels Ergänzung des Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1). Der Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 25). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 11). Der Beschwerdeführer leistete die ihm für das Kassationsverfahren auferlegte Prozesskaution innert erstreckter Freist (KG act. 18 und 22).

3. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das

bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO ZH). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich

1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. a) Das Obergericht hält im angefochtenen Entscheid fest, der Vorwurf des Beschwerdeführers, es sei ihm durch das Bezirksgericht das rechtliche Gehör verweigert worden, schiesse am Ziel vorbei. Es sei zwar zutreffend, dass er in seiner Eingabe vom 31. Oktober 2007 (Ergänzung der Beweisantragungsschrift) den Vorbehalt angebracht habe, allenfalls weitere Beweismittel zu nennen. Es wäre nun seine Sache gewesen, nach Abschluss des Beweisverfahrens in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis substantiiert zu erklären, welcher Sachverhalt seitens des Beschwerdegegners noch nicht ausreichend dargelegt worden sei, und er hätte in diesem Zeitpunkt weitere Beweismittel nennen können, was er indessen nicht getan habe. Im Berufungsverfahren mache der Beschwerdeführer nun geltend, solange der Sachverhalt nicht vollständig bekannt sei, könne von ihm auch nicht die abschliessende Nennung aller Beweismittel gefordert werden. Er habe im Rahmen seines rechtlichen Gehörs Anspruch darauf zu erfahren, wer beim Universitätsspital Zürich die verantwortlichen Personen für die Anordnung und die Durchführung der HCV-Serologie bei Nieren-Transplantaten ab Januar 1991 gewesen seien. Der Beschwerdeführer habe sich bereits in seiner Beweisantragungsschrift vom 15. Juni 2007 in diesem Sinne geäussert. Entsprechende Auflagen seitens des Gerichts seien hierauf mit Beschluss vom 22. Juni 2007 an den Beschwerdegegner ergangen, wobei darauf hinzuweisen sei, dass dabei von „Testauftrag und Testresultate bezüglich des Spenderorganes des Klägers“ die Rede sei. Hierzu habe der Beschwerdegegner erklärt, beim Universitätsspital seien keine Unterlagen vorhanden, aus denen sich entnehmen liesse, ob überhaupt und allenfalls durch wen und an wen ein Auftrag zur Untersuchung der Spenderniere erteilt worden sei. Die am 19. April 1991 durchgeführte Hepatitis-Serologie beziehe sich nicht auf die Niere, sondern auf das Blut. Hierauf habe sich der Beschwerdeführer gemäss seiner Eingabe vom 31. Oktober 2007 vorerst auf die Zeugeneinvernahme von Professor C beschränkt, und zwar um nicht weiter Zeit zu verlieren sowie aus prozessökonomischen Gründen. Bei dieser Sachlage, so das Obergericht, wäre es somit nach durchgeführter Zeugeneinvernahme von C, der auch die Personen bezeichnet habe, welche das Dokument unterschrieben

hätten, Sache des Beschwerdeführer gewesen, in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis - wie schon erwähnt - substantiiert zu erklären, welcher Sachverhalt seitens des Beschwerdegegners noch nicht dargelegt worden sei, und er hätte in diesem Zeitpunkt weitere Beweismittel, insbesondere Zeugen, nennen können, sei ihm doch bekannt gemacht worden, wer das Dokument unterschrieben habe. Dies habe er nicht getan, weshalb er im Berufungsverfahren nicht mehr darauf zurückkommen und Versäumtes nachholen könne (KG act. 2 S. 12 f. Erw. II/6/d).

Das Obergericht weist weiter „vorweg“ darauf hin, dass beide Parteien sehr unsubstanziert plädiert und nicht die notwendigen Unterscheidungen getroffen hätten, welche hätten getroffen werden müssen. Leider habe das Bezirksgericht diese unpräzisen Formulierungen der Parteien im Beweisaufgabebeschluss und bei den Beweisverhandlungen übernommen, was zur Folge habe, dass teilweise keine klaren verwertbaren Zeugenaussagen erfolgt seien, weil auch keine spezifisch formulierte Fragen gestellt worden seien. Das Obergericht zählt in der Folge einige solche Ungenauigkeiten auf (KG act. 2 S. 23 ff. Erw. III/5).

b/aa) Der Beschwerdeführer hält fest, es liege in der Natur von Arzthaftungsprozessen, dass der beklagte Arzt oder das beklagte Spital volle Kenntnis des ganzen Sachverhalts, alle Dokumente und damit die volle und alleinige Kontrolle über den Sachverhalt besäßen, während der geschädigte Patient in aller Regel über keinerlei Dokumente verfüge und beispielsweise nicht wisse, welche Personen seitens des Spitals involviert seien. Es sei daher nur verständlich, wenn der Beschwerdeführer nicht umfassend und detailliert habe plädieren können, solange er nicht sämtliche Akten eingesehen und nicht alle erforderlichen Auskünfte erhalten habe. Der Patient sei daher auf die umfassende Kooperation des Spitals angewiesen. Vorliegendenfalls sei es so, dass zahlreiche Informationen und Belege erst nach Abschluss des Hauptverfahrens, nach Erlass des Beweisaufgabebeschlusses und nach der Beweisantretung durch den Beschwerdeführer vom Beschwerdegegner beigebracht worden seien. Gestützt darauf hätten gewisse Behauptungen gar nicht mehr zum Beweis verstellt werden, der Beweisaufgabebeschluss folglich korrigiert werden müssen. Darauf habe das Bezirksgericht ver-

zichtet. So habe der Beschwerdeführer in seinen Rechtsschriften behauptet, es sei eine HCV-Serologie vor der Transplantation durchgeführt worden, deren Resultat indes aufgrund von organisatorischen Mängeln nicht abgewartet worden sei. Aufgrund der vom Beschwerdegegner erst spät eingereichten Akten (BG act. 68) sei dann festgestanden, dass die HCV-Serologie am 19. April 1991, also vor der Transplantation durchgeführt und das positive Ergebnis (anti-HCV) mit einem anerkannten weiteren Test bestätigt worden sei (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. 3).

Der Beschwerdeführer fährt fort, es seien die vorliegend interessierenden und von ihm rechtzeitig vor Bezirksgericht aufgeworfenen Fragen bis heute unbeantwortet geblieben. Der Beschwerdeführer verweist hierzu auf seine Beweisantwortungsschrift vom 15. Juni 2007 (BG act. 61) und die Ergänzung vom 31. Oktober 2007 (BG act. 76 S. 3 Ziff. 3):

Wer war im Zeitraum vom 01.01.1991 bis 31.12.1991 Leiter der Abteilung für Klinische Immunologie (heute Klinik für Immunologie) des Departements Innere Medizin des USZ?

Wer gehörte zum Leitungsgremium? (Namen und Adressen)

Wer war für die Durchführung von Virusserologien bei Transplantaten verantwortlich? (Namen und Adressen)

Wessen Unterschriften stehen auf dem Befund? Namen und Adressen dieser Personen.

Der Beschwerdeführer hält hierzu fest, er wisse bis heute nicht, wer den zweifelsfrei schriftlich erteilten Auftrag Nr. 370105 zur Durchführung der HCV-Serologie erteilt habe. Ferner liege dieses Antragsformular nicht bei den Akten. Auf dem fraglichen Befund vom 19. April 1991 (einen Tag vor der Transplantation) werde festgehalten: „Der positive anti-HCV Befund wurde mit einem anerkannten Bestätigungstest konfirmiert.“ (BG act. 70/4, hinterstes Blatt). Das Testblatt des Bestätigungstestes liege ebenso wenig in den Akten. Wer diesen Bestätigungstest angeordnet habe und wer ihn durchgeführt habe, sei dem Beschwerdeführer nicht bekannt. Dazu lasse der Beschwerdegegner lapidar ausführen, beim Universitätsspital Zürich seien keine solchen Unterlagen vorhanden. Dies lasse sich unter anderem damit erklären, dass die Tests damals noch neu und teilweise im Entwicklungsstadium gewesen seien und deshalb nicht ohne weiteres durchgeführt worden seien (BG act. 68 S. 3 Ziff. 1.5). Tatsache, so der Beschwerdeführer, sei aber, dass im vorliegenden Fall eine HCV-Serologie gemacht worden sei, was auch der Beschwerdegegner bestätige. Es stelle sich die Frage, weshalb der Be-

schwerdegegner nicht alle in diesem Zusammenhang relevanten Akten, so auch den Auftrag 370105 und den Bestätigungstest ins Recht gelegt habe. Es sei wenig glaubhaft, dass der Befund der Abteilung für Klinische Immunologie vorgelegen habe, nicht aber der dieser Abteilung erteilte Auftrag. Der Beschwerdeführer habe ein Recht auf Einsichtnahme in diese Unterlagen, handle es sich doch nebst dem Befund um „die Dokumente schlechthin“. Seine bereits vor der ersten Instanz gestellten Fragen seien bis heute unbeantwortet geblieben. Es verstosse gegen den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör, mit Beschluss des Bezirksgerichts vom 19. September 2007 (BG act. 71 Dispositiv Ziff. 1 Abs. 2) festzustellen, der Beschwerdeführer sei mit neuen Beweismitteln ausgeschlossen, die sich nicht auf die (unvollständigen) Auskünfte und Editionen gemäss BG act. 68 stützen würden. Wie hätte der Beschwerdeführer weitere Zeugen anrufen können, wenn ihm die Nennung dieser Personen vorenthalten worden sei? Im weiteren hätten die Vorinstanzen ihre richterliche Fragepflicht verletzt, da sie den Beschwerdegegner nicht aufgefordert hätten, die vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Fragen (BG act. 76) zu beantworten. Dies stelle eine Verletzung von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH (Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes) dar (KG act. 3 - 5 Ziff. 6 und 7).

bb) Angesichts der Ausführungen und Anträge in seiner notgedrungen unvollständigen Beweisantrittungsschrift vom 15. Juni 2007 und der aufgrund unvollständiger Auskunft und Edition des Beschwerdegegners ebenfalls unvollständigen Ergänzung vom 31. Oktober 2007 hält der Beschwerdeführer die Feststellung des Obergerichts, es wäre nach durchgeführter Zeugeneinvernahme von C, der auch die Personen bezeichnet habe, welche das betreffende Dokument unterschrieben hätten, Sache des Beschwerdeführer gewesen, in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis substantiiert zu erklären, welcher Sachverhalt seitens des Beschwerdegegners noch nicht dargelegt worden sei, und er hätte in diesem Zeitpunkt weitere Beweismittel, insbesondere Zeugen, nennen können, für unhaltbar. Hier hätte vielmehr das Bezirksgericht dem Beschwerdeführer durch Befragung Gelegenheit geben müssen, sein nach Ansicht der Vorinstanzen unklares, unvollständiges und unbestimmtes Vorbringen zu verbessern. Beide Vorinstanzen seien ihrer richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO ZH nicht nachgekommen. Habe

das angefochtene Urteil Bestand, hiesse dies, dass beklagte Ärzte und Spitäler fortan nur noch behaupten müssten, es lägen keine Akten mehr oder nur teilweise vor, und im übrigen könne auch nicht mehr nachvollzogen werden, wer was wann und weshalb gemacht habe. Damit könnten der beklagte Arzt oder das beklagte Spital der geschädigten, klagenden Partei ohne nachteilige Folgen die Ergänzung des Sachverhalts und / oder den Beweis substantiiert Behauptungen verunmöglichen. Hier habe der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer die Möglichkeit vereitelt, seine substantiierten Behauptungen zu beweisen, indem er die gewünschten Auskünfte nicht erteilt habe. Und das Bezirksgericht sei seiner Fragepflicht nicht nachgekommen, sondern habe die weitere Sachverhaltsermittlung mit Beschluss vom 19. September 2007 abgewürgt. Dies stelle eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes dar. Das Recht des Beschwerdeführers auf Zulassung zum Beweis sei verletzt worden. Es sei ferner gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness (Treu und Glauben) verstossen worden (KG act. 1 S. 5 f. Ziff. 8).

cc) Der Beschwerdeführer fährt fort, mit seiner Stellungnahme vom 23. Februar 2009 zum Beweisergebnis (BG act. 177) habe er mit Verweis auf seine Eingabe vom 31. Oktober 2007 (BG act. 76) die Nennung weiterer Zeugen vorbehalten. Dem Beschwerdeführer dürfe es nicht zum Nachteil gereichen, dass er seine Fragen und Beweisanträge im Rahmen seiner letzten Stellungnahme (zum Beweisergebnis) nicht erneut gestellt habe. Indem er explizit auf seine Eingabe vom 31. Oktober 2007 verwiesen habe, habe er ausreichend dargetan, was seiner Meinung nach seitens des Beschwerdegegners noch nicht ausreichend (im Sinne des angefochtenen Entscheids, KG act. 2 S. 12 f. Erw. II/6/d) dargelegt worden sei. Die Feststellung des Obergerichts, er habe dies nicht getan, sei damit aktenwidrig. Entgegen der Annahme des Obergerichts habe er damit nichts versäumt.

Verfehlt sei die Feststellung des Obergerichts, der Beschwerdeführer hätte weitere Zeugen nennen können, nachdem C als Zeuge erklärt habe, welche Personen den Befund unterschrieben hätten. Die dort genannten Personen seien nämlich nicht von erstrangigem Interesse, da nicht sie die HCV-Serologie angeordnet hätten. Die auf dem Befund aufgeführten Personen seien Professor L, Dr. B, Frau R,

Dr. J und unter dem Datum vom 23. April 1991 eine bis heute unbekannte Person. L sei als Zeuge befragt worden (BG Prot. S. 33 ff.), habe aber aufgrund seines hohen Alters keine verwertbaren Auskünfte mehr erteilen können. Frau R sei in der Transplantationsadministration tätig gewesen, habe sich aber, wie eine telefonisch Kontaktnahme des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers ergeben habe, an nichts mehr erinnern können. Zudem sei sie weder Ärztin noch Laborantin gewesen und habe die HCV-Serologie deshalb weder in Auftrag gegeben noch durchgeführt. Es blieben Dr. B, damals Assistenzarzt, und J, damals Oberassistentin. Aufgrund der Zeugenbefragungen der Dres. R (Prot. S. 47) und H (Prot. S. 50), die ebenfalls Assistenzärzte gewesen seien und Professor S bei der Transplantation assistiert hätten, sei nicht zu erwarten gewesen, dass erstere zur hier interessierenden und nach wie vor unbeantworteten Frage, wer die HCV-Serologie veranlasst habe und weshalb dies erfolgt sei, etwas hätten beitragen können, seien sie doch damals nur Assistenten gewesen und hätten die HCV-Serologie gerade nicht in Auftrag gegeben. Daher gehe das Obergericht fehl, wenn es den Beschwerdeführer auf die von ihm angeblich versäumte Befragung der auf dem Befund genannten Personen verweise. Ihn interessiere vielmehr zu erfahren, wer die HCV-Serologie und den Bestätigungstest angeordnet habe. Aufgrund der „präparierten“ Befundkopie (BG act. 70/4) müsse angenommen werden, dass der Beschwerdegegner diese Informationen dem Beschwerdeführer bewusst verschweige. Seltsam sei in diesem Zusammenhang auch, dass die Akten des Beschwerdeführers während mehreren Jahren verschollen geblieben seien (vgl. BG act. 24 S. 7 Ziff. 2.3.3) und dann in einem Privatarchiv eines Arztes gefunden worden seien. Um wen es sich dabei handle und weshalb die Akten des Beschwerdeführers in einem Privatarchiv aufbewahrt worden seien, verschweige der Beschwerdegegner bis heute. Jedenfalls sei der Beschwerdeführer nicht in der Lage, weitere Zeugen zu nennen. Sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei damit verletzt. Dass diese Auskünfte von entscheidender Bedeutung seien, erhelte auch aus der zutreffenden Feststellung des Obergerichts (KG act. 2 S. 23 Erw. II/4, 2. Absatz), wonach das Wissen der Personen im Labor dem Universitätsspital bzw. dem Beschwerdegegner anzurechnen sei. Der Beschwerdegegner, davon sei der Beschwerdeführer überzeugt, kenne die Personen, die im Fall des

Beschwerdeführers die HCV Serologie beim Spenderblut angeordnet hätten (KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 9).

c/aa) Das Obergericht führt zu seiner Feststellung, beide Parteien hätten unsubstantiiert plädiert und nicht die notwendigen Unterscheidungen getroffen, was Eingang in das Beweisverfahren vor Bezirksgericht gefunden habe, folgendes an: Beide Parteien hätten von den Tests des Spenderorgans gesprochen. Der Beschwerdeführer habe allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass sich die Virologie auf das Blut des Spenders und nicht auf das Organ des Spenders beziehe. Es verweist in diesem Zusammenhang auch auf die Zeugenaussagen der Professoren C, G und L, aus denen hervorgeht, dass das Blut des Spenders und nicht das Transplantat geprüft werde. Weiter sei nicht klar unterschieden worden, zu welchem Zweck ein Bluttest durchgeführt werde, nämlich zwecks Bluttransfusion oder zwecks Organtransplantation. Auch sei teilweise einfach von Organtransplantationen die Rede gewesen, obwohl ganz spezifisch die Transplantation einer Niere zur Diskussion gestanden sei. Schliesslich sei nicht zwischen den verschiedenen Testverfahren unterschieden worden, nämlich auf das Vorhandensein von Anti-Körpern oder auf das Vorhandensein des Virus selber, denn auch ohne entsprechende Virusinfektion könne man Träger von Anti-Körpern sein, z.B. nach einer Impfung oder nach einer durchgemachten, aber abgeheilten Virusinfektion (KG act. 2 S. 24 Erw. II/5).

Die Vorbringen des Beschwerdeführers in Ziffer 6 seiner Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 3 f.) betreffen nicht die Feststellungen zu ungenauen Formulierungen und unterbliebenen Unterscheidungen in den Rechtsschriften der Parteien und den Beweisabnahmen des Bezirksgerichts und insbesondere die in der diesbezüglichen Erwägung II/5 des angefochtenen Entscheids angeführten Beispiele. Soweit sich die Rügen des Beschwerdeführer explizit gegen diese Erwägung richten, gehen sie somit fehl.

bb) Mit Beschluss des Bezirksgerichts vom 19. April 2007 wurde dem Beschwerdeführer der Hauptbeweis für neun Behauptungen und der Gegenbeweis zu einer Behauptung auferlegt (BG act. 48 S. 2 ff. Ziff I/1-9 und II/2.1). Der Beschwerdeführer nannte in seiner Beweisantretungsschrift vom 15. Juni 2007 (BG act. 61)

die Beweismittel zu den einzelnen ihm auferlegten Haupt- und Gegenbeweisen. Mit Bezug auf die Hauptbeweissätze I/1, 2, 5, 6 und 7 hielt der Beschwerdeführer jeweils fest, weitere Zeugen könnten erst nach Edition einer vollständigen Liste der Mitglieder des damaligen, beim Beschwerdeführer eingesetzten Transplantationsteams, der damaligen Leitungspersonen der Klinik für Viszeral- und Transplantationschirurgie des Universitätsspitals und aller damaligen Angestellten des auswärtigen Labors durch den Beschwerdegegner und/oder das Universitätsspital genannt werden. Insbesondere sei der Beschwerdegegner aufzufordern, mitzuteilen, wer in welcher Form wann die Testierung der Spendernieren für den Beschwerdeführer und den Empfänger der zweiten Niere in Auftrag gegeben habe.

In seiner Eingabe vom 31. Oktober 2007 an das Bezirksgericht nannte der Beschwerdeführer weitere Beweismittel (BG act. 76 S. 4 ff.). In den Vorbemerkungen dieser Eingabe hielt er fest, um nicht weiter Zeit zu verlieren sowie aus prozessökonomischen Gründen sei es angezeigt, dass das Gericht C zur Nennung des „auswärtigen“ Labors auffordere, das ab Januar 1991 mit der Durchführung von Virusserologien bei Transplantaten beauftragt gewesen sei. Sollte es sich um die Abteilung für Klinische Immunologie des Departements Innere Medizin des Universitätsspitals handeln, sei der Beschwerdegegner zur Beantwortung folgender Fragen aufzufordern:

Wer war im Zeitraum vom 01.01.1991 bis 31.12.1991 Leiter der Abteilung für Klinische Immunologie (heute Klinik für Immunologie) des Departements Innere Medizin des USZ?

Wer gehörte zum Leitungsgremium? (Namen und Adressen)

Wer war für die Durchführung von Virusserologien bei Transplantaten verantwortlich? (Namen und Adressen)

Wessen Unterschriften stehen auf dem Befund? Namen und Adressen dieser Personen.

Die aufgrund dieser Anfrage ermittelten Personen resp. vom Beschwerdeführer zu bestimmenden Personen seien als Zeugen zu den Beweisthemen zu befragen (BG act. 76 S. 3 Ziff. 3).

C wurde am 28. Juli 2008 durch eine Richterin des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen rechtshilfweise als Zeuge einvernommen und unter anderem gefragt, welches Labor ab Januar 1991 bis und mit April 1991 im Auftrag des Universitätsspitals Zürich die Virusserologien an Transplantaten durchgeführt habe. Er ant-

wortete: „An Spendern oder Empfängern? Die Frage ist relativ unpräzise. Man führt nicht an Transplantaten Tests durch.“ Weiter führte er aus, er habe nichts schriftlich dokumentiert. Er sei dort damals Assistenzarzt gewesen. Es seien sicher mehrere Labors gewesen (BG act. 131 S. 2 f. Frage 3). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers legte C anlässlich dieser Zeugeneinvernahme - folgt man dem Protokoll - die Aktenstücke „70.1“ und „70.4 S. 3“ vor und stellte ihm die Frage, ob ihm „dieser Befund“ bekannt sei, worauf C antwortete, es sei möglich, dass er „dies“ gesehen habe, es sei aber auch möglich, dass er „dies“ nicht gesehen habe (S. 5 unten). Bezug nehmend auf das Aktenstück „70.1“ fragte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, wer im April 1991 Leiter der Abteilung klinische Immunologie am Universitätsspital gewesen sei, worauf C antwortete, dies sei höchstwahrscheinlich Professor Go gewesen (S. 6 unten). Auf weiteren Vorhalt der Aktenstücke „70.1“ und „70.4 (S. 3)“ fragte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, ob C wisse, wer den Auftrag erteilt habe, „diesen“ HCV-Test zu machen, was der Zeuge mit der Bemerkung, es gäbe viele Möglichkeiten und er wisse nicht, ob dies ein Routineauftrag gewesen sei oder ein Teil „von diesen Serien, die man nachträglich in Auftrag gegeben hat“, verneinte (S. 6 f.). Auf weiteren Vorhalt des Dokuments „70.1 unten“ und die Frage, welche Personen „dies“ unterschrieben hätten, antwortete C (S. 7):

„J, fast sicher. Sie war auf dem Institut klinische Immunologie Oberassistentin.

Die andere Unterschrift ist mir unbekannt.

Es steht ja der Name drauf, Das Dokument ging an Dr. B, einer meiner Mitassistenten. Gezeichnet wurde es von Dr. L.“

Weitere Fragen stellte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nicht an C.

Das Rechtshilfeersuchen des Bezirksgerichts Zürich an den Gerichtskreis VIII Bern-Laupen vom 21. Mai 2008 (BG act. 102) enthielt, soweit ersichtlich, keine Beilagen. Die im Protokoll genannten Aktenstücke „70.1“ und „70.4 S. 3“ dürften somit vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Prof. C vorgelegt worden sein. Offenbar ist mit „70.1“ BG act. 70/1 und mit „70.4“ BG act. 70/4 gemeint. Die Protokollführung durch den Gerichtskreis VIII Bern-Laupen ist bezüglich dieser Aktenstücke nicht eindeutig. Bei BG act. 70/1 handelt es sich um die rund 90 Seiten

umfassende und keine durchgehende Seitennummerierung aufweisende Krankengeschichte, welche sich aus einer Vielzahl einzelner Dokumente zusammensetzt. Welches dieser Dokumente unter der Bezeichnung „70.1“ C vorgelegt wurde, wird im Protokoll des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen nicht klar bezeichnet. Die protokollierte Antwort von C lässt schliessen, dass es sich hierbei um den Befund vom 19. August 1991 der Abteilung für Klinische Immunologie handelt, welcher (mindestens) zweimal in den Akten enthalten ist, nämlich als BG act. 70/4 Blatt 3 und im hintersten Viertel der Krankengeschichte BG act. 70/1. Die in der Krankengeschichte enthaltene Kopie weist neben dem gedruckten Namen „Frau R“ in der Adresse die handschriftlichen Vermerke „Prof. L“ und „Dr. B“ und eine vom 23. April 1991 datierte Unterschrift, welche in der Kopie BG act. 70/4 3. Blatt nicht enthalten sind, auf. Die Unterschrift „J“ findet sich auf beiden Kopien. Dies alles steht im Einklang mit der Umschreibung des ihm vorgelegten Aktenstücks durch C.

Es ist unbestritten, dass beim Spender der dem Beschwerdeführer implantierten Niere am 18. April 1991 eine Blutprobe entnommen wurde und dass das Labor der Abteilung für Klinische Immunologie des Universitätsspitals am 19. April 1991 und damit noch vor der Implantation der Spenderniere vom 20. April 1991 in der Blutprobe Antikörper gegen das Hepatitis C Virus nachwies. Wie das Obergericht in der oben angeführten Erwägung II/5 des angefochtenen Entscheids festhält, kann ein Bluttest zwecks Bluttransfusion oder zwecks Organtransplantation durchgeführt werden (KG act. 2 S. 24). Der Spender der implantierten Niere starb am Abend des 19. April 1991 und damit einen Tag nach dem erlittenen Unfall. Es ist also sowohl denkbar, dass der Bluttest vom 18. April 1991 samt Prüfung auf Antikörper gegen das Hepatitis C Virus im Zusammenhang mit der Betreuung und der versuchten Rettung des verunfallten Motorradfahrers und nachmaligen Spenders als auch im Hinblick auf die absehbare Organspende erfolgte.

Wie sich aus der Beschwerdeschrift ergibt (KG act. 1 S. 6 Ziff. 9 2. Absatz), hat der Beschwerdeführer, sei es aus eigenem Wissen oder auf Grund der Aussagen von C erkannt, welche Personen auf dem Befund betreffend Nachweis von Antikörper gegen das Hepatitis C Virus in der Blutprobe vermerkt sind. Sollte der Be-

schwerdeführer nach Durchführung des Beweisverfahrens der Ansicht gewesen sein, die Hintergründe, welche zur Überprüfung des Spenderblutes auf Antikörper gegen das Hepatitis C Virus geführt hätten, seien nach wie vor zu wenig klar aufgezeigt bzw. seien für den Prozessausgang relevant, so wäre es ihm offen gestanden, mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis einen Antrag auf Ergänzung des Beweisverfahrens zu stellen, sei es durch (erstmalige oder erneute) Einvernahme der ihm bekannten bzw. im bisherigen Beweisverfahren bekannt gewordenen, mit der Blutprobe oder der Betreuung des Beschwerdeführers befassten Personen als Zeugen oder durch ein entsprechendes (erstmaliges oder erneutes / ergänzendes) Auskunfts- oder Editionsbegehren. Der abschliessende Hinweis des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis, er habe mit Eingabe vom 31. Oktober 2007 (BG act. 76) die Nennung weiterer Zeugen sowie anderer Beweismittel nach Vervollständigung der Akten ausdrücklich vorbehalten (BG act. 177 S. 9), ist pauschal und ersetzt ein solches Ergänzungsbegehren nicht. Die im Zusammenhang mit der Feststellung des Obergerichts, der Beschwerdeführer habe in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis keine weiteren Beweismittel genannt, erhobene Aktenwidrigkeitsrüge ist unbegründet.

Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung (§ 55 ZPO ZH). Die richterliche Fragepflicht ist eine im Interesse der Wahrheitsfindung notwendige Ergänzung der Verhandlungsmaxime, tritt aber nicht an deren Stelle. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien sowie die Überlegung, dass angesichts des Grundsatzes der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime den Parteien nicht die Verantwortung für rechtzeitiges Vorbringen der massgeblichen Behauptungen abgenommen werden soll, gebietet Zurückhaltung in der Ausübung der richterlichen Fragepflicht. (Frank/Sträuli/Messmer, N 2 - 3 zu § 55 ZPO ZH). Die Vorbringen des Beschwerdeführers vor dem Bezirksgericht machen gesamthaft gesehen keineswegs den Eindruck, unklar, unvollständig oder unbestimmt zu sein. Es bestand für das Bezirksgericht keine Veranlassung, den Beschwerdeführer durch Substantiierungshinweise zu einer Ergänzung seiner Ausführungen im Haupt- oder Beweisverfahren anzuhalten. Die richterliche Fragepflicht beinhaltet auch nicht einen Anspruch der Parteien, vor Urteilsfällung

auf allfällig prozessentscheidende Schwachstellen ihres Standpunkts bzw. ihrer Vorbringen hingewiesen zu werden, um diese entsprechend ändern oder ergänzen zu können. Eine Nichtausübung richterlicher Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ZH durch die Vorinstanzen ist nicht ersichtlich und nicht nachgewiesen.

Nachdem der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren keine konkreten Anträge auf Ergänzung des Beweisverfahrens stellte, bestand weder für das Bezirksgerichts noch für das Obergericht eine Veranlassung, eine solche Ergänzung vorzunehmen. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen der Gehörsverweigerung und der Verletzung weiterer Verfahrensgrundsätze sind unbegründet.

3. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, der Beschwerdegegner habe darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit einer HCV-Infektion mittels Transplantation einer Niere erstmals im August 1991 im New England Journal of Medicine beschrieben worden sei. Daraus habe der Beschwerdegegner geschlossen, dass diese Gefahr vorher nicht bekannt gewesen sei. Dem habe der Beschwerdegegner stets entgegengehalten, dass allein massgebend sei, ob man im Universitätsspital Zürich mit der Möglichkeit einer HCV-Infektion gerechnet und deshalb ab Januar 1991 vor Nierentransplantationen HCV-Serologien beim Spenderblut durchgeführt habe. Werde diese Frage bejaht, sei eine Sorgfaltspflichtsverletzung anzunehmen. Deshalb interessiere der Wissensstand anderer Transplantationszentren nicht, und ebenso wenig wann erstmals und in welcher medizinischen Zeitschrift darüber berichtet worden sei. Die Behauptung der Gutachter (aussergerichtliches Gutachten im vorliegenden Rechtsstreit, BG act. 3/10 S. 3 Ziff. 2), Hepatitis C Serologien seien im April 1991 in Zürich vor Transplantationen nicht notfallmässig durchgeführt worden, sei angesichts des Befunds (BG act. 70/4 Blatt 3) jedenfalls in Bezug auf den Fall des Beschwerdeführers schlicht falsch und aktenwidrig. Die Befragungen der Zeugen Professor U und Privatdozent M, welche mit Professor Sh das Gutachten erstellt hätten, zeigten denn auch, dass den Gutachtern der Befund vom 19. April 1991 (BG act. 70/4 Blatt 3) sowie der Bestätigungstest nicht vorgelegen hätten. Aus diesem Grund könne nicht auf das Gutachten abgestellt werden, seien die Gutachter doch von falschen Annahmen ausgegangen (KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 10).

Der Beschwerdeführer fährt fort, die Würdigung der Zeugenaussagen von Privatdozent M und Professor Go sei willkürlich. Go sei damals (1991) Leiter der Abteilung Klinische Immunologie des Departements für Innere Medizin am Universitätsspital Zürich gewesen. Er habe bestätigt (BG Prot. S. 29), dass das Risiko einer HCV-Infektion mittels einer Nierentransplantation damals (April 1991) bekannt gewesen sei. Ferner habe er erklärt, dass alle Massnahmen ergriffen worden seien, folglich eine HCV-Infektion bei einer Nierentransplantation habe ausgeschlossen werden können. Go sei von allen Zeugen der Kompetenteste. Zum einen sei er im Gegensatz zu anderen Zeugen am Universitätsspital angestellt gewesen, habe über die Fachkompetenz zum hier interessierenden Thema verfügt und über die Vorgänge am Universitätsspital Bescheid gewusst. Zum anderen sei er im Gegensatz zu anderen damals am Universitätsspital tätigen Zeugen in leitender Stellung in der Abteilung Immunologie tätig gewesen, in der die HCV-Serologie durchgeführt worden sei. Die Vorinstanzen deuteten seine Aussagen indes komplett um (bezirksgerichtliches Urteil OG act. 187 S. 12 f. und obergerichtliches Urteil KG act. 2 S. 52 ff.) und verneinten eine Haftung des Beschwerdegegners. Da Go im Sinne des Beschwerdeführers ausgesagt habe, habe sein Rechtsvertreter auf Vorlage von BG act. 70/4 und auf Ergänzungsfragen verzichtet. Hätte er ahnen können, dass die Aussagen von Go ins Gegenteil verkehrt würden, hätte er darauf bestanden, dass Go, wie von ihm anboten (BG Prot. S. 32), in seinen Unterlagen nachgeschaut und dem Gericht schriftlich Bericht erstattet hätte. Dies könne auch heute noch ohne grossen Aufwand nachgeholt werden. Ferner wäre auch das Bezirksgericht entsprechend seiner Fragepflicht (§ 55 ZPO ZH) verpflichtet gewesen, Go zu klärenden Angaben anzuhalten oder ihn nach Durchsicht seiner Unterlagen zu einer weiteren Zeugenaussage vorzuladen. Go sei sich zudem erst nach mehrmaligem Nachfragen des Bezirksgerichts hinsichtlich des Zeitpunkts der Ergreifung aller Massnahmen (HCV-Serologien bei Nierentransplantationen) unsicher geworden. In der Sache selbst (Risiko einer HCV-Infektion auch bei Nierentransplantation bekannt, deshalb alle Massnahmen ergriffen), sei er sich indes sicher gewesen. Da sein Zeugnis (mit-) entscheidend sei, müsse ihm Gelegenheit gegeben werden mitzuteilen, ab welchem Zeitpunkt am Universitätsspital vor Nierentransplantationen das Blut des Spenders auf Anti-HCV und

auf HCV getestet worden sei sowie weitere sachdienliche Angaben zu machen. Indem das Bezirksgericht seiner Fragepflicht gerade hinsichtlich der hier interessierenden Fragen nicht genügend nachgekommen sei, habe es einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt. Der Beschwerdegegner seinerseits habe das Risiko einer HCV-Infektion mittels Transplantation einer Niere eines HCV-infizierten Spenders, bestätigt, auch wenn es seiner Meinung nach noch nicht erheblich gewesen sei (Duplik, BG act. 38 S. 6 Ziff. 2.1.3). Offensichtlich habe das Universitätsspital und damit der Beschwerdegegner mit der Möglichkeit einer HCV-Infektion bei Nierentransplantationen gerechnet, andernfalls keine Notwendigkeit bestanden hätte, HCV-Tests durchzuführen (KG act. 2 S. 8 f. Ziff. 11).

Der Beschwerdeführer bringt im gleichen Zusammenhang vor, die Vorinstanzen liessen auch die klaren Zeugenaussagen des Gutachters M nicht gelten. Das Obergericht bemerke dazu, seine Kurzantworten seien „nur wenig aussagekräftig“ und es wäre Sache des Beschwerdeführers gewesen, den Zeugen mittels Ergänzungsfragen auf seine widersprüchliche Aussage im Gutachten aufmerksam zu machen und zu einer Stellungnahme anzuhalten (KG act. 2 S. 43 f. Erw. III/10/e). Dazu habe der Beschwerdeführer grundsätzlich keinen Anlass gehabt. Gleichwohl habe der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers - entgegen der aktenwidrigen Behauptung des Obergerichts - dem Zeugen M den Befund BG act. 70/4 Blatt 3 vorgelegt und ihn auf den Widerspruch zum FMH-Gutachten hingewiesen. M habe seine als Zeuge gemachten Aussagen nicht korrigiert, sondern nach Konsultation des Gutachtens erklärt, dass ihm dieser Befund nicht bekannt gewesen sei. Er hätte bei Kenntnis auf die Möglichkeit einer Infektion hingewiesen. Zudem gingen sie in diesem Zusammenhang vom schlimmsten Fall aus (Hinweis auf BG act 146 S. 4). Hätte, so der Beschwerdeführer, das den Zeugen M befragende Gericht begründete Zweifel gehabt, hätte es zweifelsfrei nachgefragt, etwa indem es ihn zu seinen Antworten unter Ziff. 1.1. (den kurzen Antworten auf die Fragen des Gerichts, BG act. 146 S. 2) gefragt hätte, weshalb oder woher er dies so genau wisse. Doch offensichtlich hätten keine Zweifel bestanden. Es sei daher willkürlich, die Aussagen von M mit Verweis auf das von ihm mit unterzeichnete FMH-Gutachten ausser Acht zu lassen, zumal er das Gutachten mit seinen Zeugen-

aussagen gerade revidiert habe. Die Folgerung des Obergerichts (KG act. 2 S. 44 Erw. III/10/e) sei willkürlich (KG act. 1 S. 9 f. Ziff. 12).

b) Was die Aussagen von Go betrifft, setzt der Beschwerdeführer seine Würdigung an die Stelle derjenigen des Bezirksgerichts und des Obergerichts, indem er lediglich pauschal die Stellen nennt, an welchen die Vorinstanzen sich mit den Aussagen des Zeugen befasst haben (OG act. 187 S. 12 f. und KG act. 2 S. 52 ff.), sich jedoch nicht im Einzelnen mit diesen Erwägungen auseinandersetzt. Der Umstand allein, dass ein Beweismittel allenfalls auch anders gewürdigt werden kann als dies ein Gericht tut, bedeutet nicht, dass die richterliche Beweiswürdigung unhaltbar und damit willkürlich ist.

Nach § 55 ZPO ZH besteht richterliche Fragepflicht, wenn das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt ist. Diese Bestimmung ist nicht anwendbar auf (tatsächlich oder vermeintlich) unklare, unvollständige oder unbestimmte Aussagen eines Zeugen und entbindet eine Partei nicht davon, einen Zeugen mittels Ergänzungsfragen zur Klarstellung oder Vervollständigung von aus Sicht der Partei mangelhaften Zeugenaussagen anzuhalten.

Das Obergericht hält im angefochtenen Urteil mit Bezug auf die Aussagen des Zeugen M fest, dieser habe die beiden ersten Fragen „War das Risiko einer Übertragung des HC Virus durch Organspenden 1991 bekannt?“ und „Existierten nach damaligem Stand der Wissenschaft Anhaltspunkte für eine mögliche Übertragung von Hepatitis C bei Organtransplantationen?“ lediglich mit „Ja“ beantwortet (BG act. 146 S. 2). Das Bezirksgericht habe zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Kurzantwort nicht nur wenig aussagekräftig sei, sondern auch klar im Widerspruch zum FMH-Gutachten (das aussergerichtlich, vorprozessual erstellte Gutachten) stehe, wo festgehalten werde, dass basierend auf dem Wissensstand vom April 1991 die Evidenz einer Hepatitis C Virus-Übertragung durch die Organspende gefehlt habe (BG act. 3/10 S. 4). Diese Aussage, die im Widerspruch zur Zeugenaussage stehe, sei im Gutachten vom Zeugen mitgetragen worden. Zudem habe das Bezirksgericht zutreffend dargelegt, dass der Zeuge seine Aussage selber insoweit relativiert habe, dass er ausgeführt habe, dass der Antikörpernachweis keinen strikten Nachweis der Infektiosität erbringe und die Kenntnisse

darüber damals noch lückenhaft gewesen seien (BG act. 146 S. 4). Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers habe das Bezirksgericht die Aussagen des Zeugen M nicht zu Unrecht zu relativieren versucht. Es wäre auch Sache des Beschwerdeführers gewesen, den Zeugen anlässlich seiner Befragung mittels Ergänzungsfragen auf seine widersprüchliche Aussage im Gutachten und in der Zeugenbefragung aufmerksam zu machen und ihn zu einer entsprechenden Stellungnahme anzuhalten, was er indessen nicht getan habe. Bei dieser Sachlage könne sich der Beschwerdeführer nicht einfach auf die Aussagen des Zeugen anlässlich seiner Befragung berufen und dessen Aussagen im Gutachten ausser Acht lassen. Daraus folge, dass der Beschwerdeführer aus dieser Zeugenaussage nichts zu seinen Gunsten herleiten könne (KG act. 2 S. 43 f. Erw. III/10/e).

Die Einvernahme von M erfolgte am 22. Juli 2008 rechtshilfweise durch eine Richterin des Zivilgerichts Basel-Stadt. Auf entsprechende Zusatzfrage des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers erklärte M zuerst, er könne nicht mehr beantworten, ob der Befund BG act. 70/4 ihm bei der Erstellung des Gutachtens vorgelegen habe, sowie nach Hinweis auf das FMH-Gutachten, aufgrund dessen, was er hier geschrieben habe, müsse er davon ausgehen, dass ihm der Befund damals nicht bekannt gewesen sei. Er ergänzte, vorausgesetzt er hätte gewusst, dass das Spenderorgan HCV-infiziert gewesen sei, wäre es nicht seine Aufgabe vom Labor aus gewesen, eine Empfehlung über die Verwendung des Transplantats abzugeben. Es wäre Aufgabe des Chirurgen gewesen, Nutzen und Gefahr abzuwägen. Dabei komme es zum Beispiel auf die Indikation an. Der Zeuge hätte sicher auf die Möglichkeit der Infektion hingewiesen. Der Antikörpernachweis erbringe keinen strikten Nachweis der Infektiosität. Es könne jemand die Infektion durchgemacht und Antikörper gebildet haben, aber nicht mehr ansteckend sein. Grundsätzlich gingen „wir“ allerdings in diesem Zusammenhang vom schlimmsten Fall aus. Eine Ansteckungsmöglichkeit bestehe bei HCV häufig über mehrere Jahre, die Kenntnisse darüber seien aber damals lückenhaft gewesen (BG act. 146 S. 4)

Es trifft zwar zu, dass M durch die Zusatzfrage des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers mit dem von ihm mitverfassten FMH-Gutachten (BG act. 3/10 S.

6 Ziff. 12 und 15) konfrontiert wurde, doch geschah dies offensichtlich im Hinblick darauf, ob ihm beim Abfassen des Gutachtens der fragliche Befund der Blutprobe (BG act. 70/4 3. Blatt) vorgelegen habe. Die weiteren Ausführungen betreffen den fiktiven Fall, dass M vor der Transplantation - und nicht im Moment der Erstattung des Gutachtens - gewusst hätte, dass das Spenderorgan HCV-infiziert gewesen war. Aus dem Einvernahmeprotokoll des Zivilgerichts Basel-Stadt ergibt sich nicht, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers den Zeugen direkt auf den Widerspruch zwischen den Ausführungen im Gutachten und den Antworten in der Zeugeneinvernahme angesprochen und zu einer Stellungnahme hierzu angehalten habe. Die entsprechende Feststellung des Obergerichts, er habe dies nicht getan (KG act. 2 S. 44 oben), ist demnach nicht aktenwidrig. Der Widerspruch zwischen der Zeugenaussage und den Ausführungen Ms im Gutachten ist nicht beseitigt. Es kann nicht einfach davon ausgegangen werden, dass die neuere Äusserung die ältere ablöst, also die Zeugenaussage das Gutachten revidiert. Wenn die Vorinstanzen diesen Widerspruch in ihren Beweiswürdigungen beachten und so zum Schluss gelangen, der Beschwerdeführer könne aus der Zeugenaussage nichts zu seinen Gunsten ableiten, handeln sie nicht willkürlich.

4. Zusammenfassend erweise sich die Rügen des Beschwerdeführers als unbegründet, weshalb die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH, § 68 Abs. 1 ZPO ZH).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 25'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 12'000.-- (zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer = Fr. 912.--) zu entrichten.
5. 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 Fr. 1'489'307.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 7. Juli 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich (4. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: