

# **BGer 4A 521/2011 vom 5. März 2012**

Bundesgericht, 2012-03-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_521\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_521_2011)

FR: TF 4A 521/2011 du 5 mars 2012

IT: TF 4A 521/2011 del 5 marzo 2012

## **Regeste**

Aertzehaftung; Genugtuung | Haftpflichtrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) in einer Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ). Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin sind im kantonalen Verfahren nicht geschützt worden ( Art. 76 Abs. 1 BGG ), der massgebende Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.-- ( Art. 51 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ) und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Das angefochtene obergerichtliche Urteil vom 23. Juni 2011 ist nur insofern der Beschwerde zugänglich, als es das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit erfüllt, mithin für gegen dieses erhobene Rügen kein kantonales Rechtsmittel mehr offen stand ( Art. 75 Abs. 1 BGG ; BGE 134 III 524 E. 1.3 S. 527). Gemäss §§ 281 ff. der per 1. Januar 2011 aufgehobenen Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (aZPO/ZH) konnte gegen Urteile des Obergerichts kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich erhoben werden. Nach Art. 405 Abs. 1 der seit dem 1. Januar 2011 massgebenden Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) gilt für die Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Das betreffende Urteil wurde nach Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO eröffnet, womit für das Rechtsmittelverfahren das neue Recht Anwendung findet ( BGE 137 III 127 E. 2 S. 130). Dieses sieht gegen zweitinstanzliche Entscheide kein innerkantonales Rechtsmittel mehr vor ( Art. 308 Abs. 1 und Art. 319 ZPO e contrario). Damit erweist sich der angefochtene Entscheid hinsichtlich sämtlicher im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen zulässiger Rügen als letztinstanzlich. Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist daher unter Vorbehalt hinreichend begründeter Rügen (Art. 42 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

### **E. 2.1**

Nach Art. 105 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Abs. 1). Es kann diese Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Abs. 2). Die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsrüge nach Art. 97 Abs. 1 BGG und für eine Berichtigung des Sachverhalts von Amtes wegen nach Art. 105 Abs. 2 BGG stimmen im Wesentlichen überein. Soweit es um die Frage geht, ob der Sachverhalt willkürlich oder unter verfassungswidriger Verletzung einer kantonalen Verfahrensregel ermittelt worden ist, sind strenge Anforderungen an die

Begründungspflicht der Beschwerde gerechtfertigt. Entsprechende Beanstandungen sind vergleichbar mit den in Art. 106 Abs. 2 BGG genannten Rügen. Die beschwerdeführende Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, kann sich nicht damit begnügen, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise ihrer Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Vielmehr hat sie klar und substantiiert aufzuzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.; 133 III 350 E. 1.3 S. 350 f., 393 E. 7.1 S. 398, 462 E. 2.4 S. 466 f.). Soweit die beschwerdeführende Partei den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile [des Bundesgerichts] 4A\_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570, und 4A\_470/2009 vom 18. Februar 2010 E. 1.2). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist ebenso wenig einzutreten (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255) wie auf Vorbringen, die in den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz keine Stütze finden, ohne dass dazu eine taugliche Sachverhaltsrüge im vorstehenden Sinne substantiiert wird, oder auf Rügen, die auf solchen Einwänden aufbauen (Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_275/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2, nicht publ. in: BGE 137 III 539).

## **E. 2.2**

Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur dann, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133 mit Hinweisen). Rügen betreffend die Beweiswürdigung sind nach Massgabe von Art. 106 Abs. 2 BGG zu begründen (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f. mit Hinweisen).

## **E. 3**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin mit Blick auf im Nachgang zu der am 16. September 1993 durchgeführten Tractopexie aufgetretene gesundheitliche Beeinträchtigungen eingeklagte Genugtuungsforderung zu Recht abgelehnt hat.

### **E. 3.1**

Unbestrittenermassen ist zwischen den Parteien ein ärztlicher Behandlungsvertrag zustande gekommen. Dieser ist gemäss Lehre und Rechtsprechung als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zu qualifizieren. Der Beschwerdegegner hat sich damit verpflichtet, nach den Regeln der ärztlichen Kunst auf einen erwünschten Erfolg - und damit spiegelbildlich auf den Nichteintritt von Ereignissen, welche diesen verhindern - hinzuwirken. Er war jedoch weder zur tatsächlichen Herbeiführung des Erfolgs im Sinne einer Garantie noch zur effektiven Vermeidung von schädigenden Ereignissen verpflichtet, denn ihn traf nur die Verpflichtung, nach den Regeln seines Metiers für die Beschwerdeführerin tätig zu werden.

Jeder ärztlichen Handlung und jeder Krankheit sind denn auch gewisse Gefahren und Risiken immanent ( BGE 120 Ib 411 E. 4a S. 412 ff.; vgl. auch BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 123 ff. und E. 3.4 S. 127 mit Hinweisen). Bei der Körperverletzung eines Menschen kann das Gericht, unter Würdigung der besonderen Umstände, der verletzten Person eine Genugtuung zusprechen ( Art. 47 OR ). Das Vertragsrecht enthält zwar keine eigene Anspruchsnorm für eine Genugtuung. Die Verweisung in Art. 99 Abs. 3 OR umfasst indessen namentlich auch Art. 47 OR ( BGE 116 II 519 E. 2c S. 520 f. mit Hinweisen). Die zu dieser Norm entwickelten Grundsätze sind daher auf die Vertragshaftung ebenfalls anwendbar. Eine Genugtuung kann im hier zu beurteilenden Kontext folglich nur gesprochen werden, wenn sowohl die allgemeinen Voraussetzungen für eine Haftpflicht (Schaden, widerrechtliche Handlung [im Sinne einer Sorgfaltspflichtverletzung; BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 124 und E. 4.1.1 S. 128 f.], Kausalzusammenhang, Verschulden; BGE 137 III 539 E. 5.2 S. 544 mit Hinweisen; 132 III 359 E. 3.1 S. 362 f.) als auch weitere, sich aus Art. 47 OR direkt ergebende besondere Voraussetzungen erfüllt sind.

### **E. 3.2**

Als rechtskräftig beurteilt hat nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil zu gelten, dass es für die am 16. September 1993 durch den Beschwerdegegner an der rechten Hüfte - neben der Entfernung eines Teils der Verkalkungen und eines Schleimbeutels - vorgenommene Tractopexie sowohl an einer den Eingriff rechtfertigenden ausdrücklichen wie auch hypothetischen Einwilligung der Beschwerdeführerin gefehlt hat. Die Operation erfolgte mithin, soweit sie die Tractopexie betrifft, widerrechtlich. Als nicht genügend erwiesen erachtete das kantonale Gericht jedoch das Haftungserfordernis des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem Eingriff und den im Anschluss aufgetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Beschwerdeführerin.

#### **E. 3.2.1**

Zwischen einem die Haftung begründenden Umstand und der rechtswidrigen Körperschädigung (bzw. deren Folgen), für welche eine Genugtuung verlangt wird, muss das Verhältnis von Ursache und Wirkung bestehen (ursächlicher Zusammenhang, Kausalzusammenhang). Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn ein Verhalten (Umstand) unabdingbare Voraussetzung (conditio sine qua non) für das geltend gemachte Schadensereignis ist. Dabei genügt - in Abweichung vom bundesgerichtlichen Regelbeweismass - der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ( BGE 133 III 153 E. 3.3 S. 162; 132 III 715 E. 3.2 S. 720; je mit Hinweisen; Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_220/2010 vom 11. Oktober 2010 E. 8.2.1).

#### **E. 3.2.2**

Die Feststellung darüber, ob ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, beschlägt die tatsächlichen Verhältnisse und bindet das Bundesgericht grundsätzlich (E. 2 hievor; BGE 130 III 591 E. 5.3 S. 601 mit Hinweisen). Zulässige Rüge bildet demgegenüber der Vorwurf, die Vorinstanz habe den bundesrechtlichen Begriff der natürlichen Kausalität verkannt (vgl. BGE 128 III 22 E. 2d S. 25).

### **E. 4.1**

Zusammenfassend hat die Vorinstanz in einlässlicher Würdigung der medizinischen Aktenlage, namentlich des FMH-Gutachtens vom 8. November 1996 sowie der Berichte von Prof. Dr. med. F. \_\_\_\_\_ und Dr. med. G. \_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 1995 und von Prof. Dr. med. H. \_\_\_\_\_ vom 27. September 1994, erwogen, es sei der

Beschwerdeführerin nicht gelungen, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzutun, dass die Atrophie ihrer rechten Gesässmuskeln bzw. die daraus resultierenden körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen eine Folge der am 16. September 1993 vom Beschwerdegegner durchgeführten Tractopexie darstellten. Weder sei (durch neurologische bzw. neurophysiologische Abklärungen oder Biopsien) der Beweis dafür erbracht, dass der Nervus glutaesus superior (oberer Gesässnerv) anlässlich der Operation verletzt worden sei, noch lasse sich durch Ausschluss aller anderen möglichen Ursachen indirekt auf eine Läsion schliessen, welche den geklagten Muskelschwund bewirkt habe. Mangle es somit am Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem fraglichen Handeln des Beschwerdegegners und der Körperschädigung der Beschwerdeführerin, entfalle eine Haftung des Beklagten und damit auch die Voraussetzung für die Zusprechung der beantragten Genugtuung.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen letztinstanzlich im Wesentlichen vor, indem das kantonale Gericht im Lichte der vorhandenen ärztlichen Unterlagen auch eine indirekte Verletzung des Nervus glutaesus superior als nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt beurteilt habe, sei der bundesrechtliche Kausalitätsbegriff verletzt und eine willkürliche Beweiswürdigung sowie eine unrichtige bzw. unvollständige Sachverhaltsfeststellung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG vorgenommen worden. Nicht (mehr) geltend gemacht wird, dass die medizinische Dokumentation eine durch den operativen Eingriff vom 16. September 1993 unmittelbar bewirkte Läsion des betreffenden Nervs belegt.

##### **E. 4.2.1**

Soweit die Beschwerdeführerin sich zur Untermauerung ihres Standpunktes auf die Stellungnahme von PD Dr. med. E. \_\_\_\_\_ vom 6. März 1999 beruft, kann daraus, wie die Vorinstanz insbesondere unter Bezugnahme auf mehrheitlich abweichende ärztliche Aussagen ausführlich dargelegt hat, nicht auf eine überwiegend wahrscheinlich operativ verursachte indirekte Verletzung des Nervus glutaesus superior geschlossen werden. Zwar hält PD Dr. med. E. \_\_\_\_\_ dafür, der im Narbengewebe eingebettete Nerv (glutaesus superior) sei wenig verschieblich und könne daher nicht ausweichen. Der dadurch entstandene Dehnungsschaden habe im vorliegenden Fall über Monate zum kompletten Ausfall des Nervs und konsekutiver fettiger Degeneration der Muskeln geführt. Zugleich bezeichnete er den von ihm beschriebenen Verletzungsmechanismus indessen als blossen "Erklärungsversuch" und "wahrscheinlichste" Schadensgenese. Zudem erwähnte er "bleibende Unschlüssigkeiten", indem schwer erklärbar sei, weshalb die Nervenversorgung des Musculus tensor fasciae latae unversehrt geblieben sei und die mehrfachen neurophysiologischen Kontrollen die weitere Innervation des Muskels ergeben hätten. Vor diesem Hintergrund wie auch den Schlussfolgerungen der FMH-Gutachter (vom 8. November 1996), wonach der Nervus glutaesus superior "weitab vom Operationsfeld" liege und es deshalb zumindest zweifelhaft erscheine, ob der Nerv von der ersten Operation her in ein Narbengewebe eingebettet gewesen sei, können die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz jedenfalls nicht als unvollständig oder offensichtlich unrichtig bzw. auf einer willkürlichen Würdigung der Darlegungen von PD Dr. med. E. \_\_\_\_\_ basierend betrachtet werden.

##### **E. 4.2.2**

Die Beschwerdeführerin verweist im Weiteren auf einen Auszug aus der Krankengeschichte (KG) von Prof. Dr. med. L.\_\_\_\_\_, Chefarzt Orthopädie, Klinik Q.\_\_\_\_\_, vom 11. Oktober 1994. Daraus lässt sich jedoch ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten, weist der angerufene Arzt doch ausdrücklich darauf hin, dass nicht eruierbar sei, woher die erhebliche Degeneration im Bereich der Glutaeusmuskulatur herrühre. Entgegen der Betrachtungsweise der Beschwerdeführerin sind dem entsprechenden Vermerk keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass Prof. Dr. med. L.\_\_\_\_\_ von einer direkten oder indirekten Verletzung des Nervus glutaeus superior ausgegangen wäre, zumal dieser bereits in seinem Bericht vom 23. Dezember 1993 eine beachtliche funktionelle (und weniger eine neurologische) Komponente für das Leiden verantwortlich gemacht hatte. Ebenso wenig vermag ferner der Hinweis auf die Aktennotiz von PD Dr. med. H.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 1994 die vorinstanzliche Erkenntnis zu erschüttern. Die darin enthaltene Aussage, der beigezogene Pathologe Dr. med. N.\_\_\_\_\_ denke ätiologisch an die Folge einer Ischämie durch Überdehnung oder direkte Verletzung des Blutgefässes, findet keine Stütze in anderen ärztlichen Stellungnahmen. Eine durch das kantonale Gericht begangene Verletzung von Art. 97 Abs. 1 BGG oder Art. 9 BV ist nicht ersichtlich. Schliesslich führt auch der von der Beschwerdeführerin beigezogene Bericht von Prof. Dr. med. I.\_\_\_\_\_ vom 31. Mai 2007 zu keinem anderen Ergebnis. Zwar stellte der Neurologe, welchem bei seiner Beurteilung keine detaillierten anamnestischen Angaben zur Verfügung standen, fest, dass, falls die beschriebene Lähmungserscheinung einseitig sei und nicht eine Erkrankung des Hüftgelenks (kongenitale Hüftluxation oder Status nach Fraktur oder Operation des Hüftgelenks) vorliege, ursächlich praktisch nur eine Läsion des die betreffenden Muskeln versorgenden Nervus glutaeus superior in Frage komme. Gleichzeitig präziserte er indes, dass, sofern für Muskelatrophie und Parese tatsächlich eine Schädigung des Nervs verantwortlich zeichne, eine entsprechende bildgebende Objektivierung ohne Weiteres möglich sei. Entscheidend sei, ob ein Jahr nach der möglichen peripheren Nervenläsion, d.h. im Zeitpunkt der Untersuchung durch Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_\_, im Muskel Zeichen einer Denervation bestanden hätten. Wie der Bericht von Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_\_ vom 27. September 1994 deutlich veranschaulicht, liess sich gestützt auf damals vorgenommene elektromyographische Abklärungen aber keine muskuläre Durchtrennung nachweisen.

#### **E. 4.2.3**

Was sodann den Bericht von Dr. med. M.\_\_\_\_\_, Institut für Pathologie, Krankenhaus S.\_\_\_\_\_, bezüglich einer am 2. Mai 1996 durchgeführten Biopsie anbelangt, wird darin keine abschliessende Beurteilung der Genese der Hüftbeschwerden vorgenommen. Der Arzt führt lediglich aus, dass es sich "um eine heterotope Ossifikation im Bereich des rechten Hüftgelenkes mit Ausbildung einer Bursa sowie um eine lipomatöse Muskelatrophie im Bereich des Musculus glutaeus medius" handle und anhand des vorliegenden Materials "die Veränderungen an der Muskulatur nur sehr bedingt beurteilbar" seien. Daraus wie auch aus dem Hinweis, das histologische Bild spreche eher für eine neurogene Atrophie als für eine Myopathie im engeren Sinne, lassen sich mit der Vorinstanz keine Rückschlüsse auf einen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellten Kausalzusammenhang zwischen der Tractopexie vom 16. September 1993 und dem geklagten Beschwerdebild ziehen. Nicht aussagekräftig ist diesbezüglich auch der Biopsiebericht von Prof. Dr. med. O.\_\_\_\_\_, Institut T.\_\_\_\_\_, vom 24. Mai 1996, wonach ein lipotamös umgebauter Skelettmuskel vorliege, der Anhaltspunkte für eine wohl primär neurogene, bereits ältere Muskelatrophie aufweise. Ohne ergänzende Histochemie,

so der Arzt im Weiteren, könne die neurogene Natur einzelner Parenchyminseln indessen nicht mit letzter Sicherheit belegt werden.

#### **E. 4.2.4**

Die Beschwerdeführerin nimmt letztinstanzlich Bezug auf die gerichtlich eingeholte Expertise von Prof. Dr. med. J. \_\_\_\_\_ und med. pract. K. \_\_\_\_\_ vom 12. November 2010. Danach erachteten die Gutachter eine direkte Schädigung des Nervus gluteus superior durch die fragliche Operation als nicht ausgewiesen. Eine indirekte Schädigung des Nervs im Sinne einer Neuropathie durch indirekten Zug und/oder durch Abbauprodukte eines Hämatoms wurde alsdann zwar nicht ausgeschlossen, die Ursächlichkeit eines schleichenden Dehnungsschadens, der über Monate zu einem kompletten Ausfall des Nervs und zur Degeneration der Muskeln, d.h. zu einem Muskelschwund geführt habe, aber als zum aktuellen Zeitpunkt nicht vollständig beurteilbar bewertet. Die blosser Möglichkeit eines Zusammenhangs erfüllt das Erfordernis des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit jedoch nicht. In Anbetracht der gutachtlichen Schlussfolgerungen ist die Feststellung im angefochtenen Entscheid, die von den Experten angedeutete - indes nicht vertieft begründete - Teilverursachung der gesundheitlichen Beeinträchtigung durch den besagten operativen Eingriff entbehre nicht einer gewissen Widersprüchlichkeit, nachvollziehbar, jedenfalls aber nicht offensichtlich unhaltbar. Als obsolet erweist sich vor diesem Hintergrund insbesondere die mit Eingabe vom 17. Januar 2011 aufgeworfene Ergänzungsfrage der Beschwerdeführerin ("Wäre die Muskelatrophie der Klägerin an der Glutealmuskulatur auch ohne die Operation vom 16. September 1993 aufgetreten? Wenn ja, welche Ursache[n] wäre[n] mit überwiegender Wahrscheinlichkeit alleine oder mit anderen Ursache[n] dafür verantwortlich?"). Der Verzicht des kantonalen Gerichts, die betreffende Frage den Gutachtern vorzulegen, erging daher im Rahmen einer zulässigen antizipierten Beweiswürdigung, ohne dass dadurch der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt worden wäre (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 124 V 90 E. 4b S. 94). Vor Augen zu halten ist angesichts der erforderlichen Gesamtwürdigung des medizinischen Beweismaterials im Übrigen stets auch das von der Beschwerdeführerin selber in das Verfahren eingebrachte, auf persönlichen Untersuchungen der Explorandin beruhende FMH-Gutachten vom 8. November 1996, nach welchem ein rechtsgenügender Kausalzusammenhang klar zu verneinen und ein operationsfremdes, multifaktorielles Geschehen für die geltend gemachten Gesundheitsstörungen verantwortlich zu machen ist. Dessen Beweistauglichkeit nicht zu entkräften vermag insbesondere der Hinweis in der Beschwerde, wonach gegenüber den mit der Sache befassten Experten die Möglichkeit einer indirekten Schädigung des Nervus gluteus superior nicht explizit thematisiert worden sei. Vielmehr wurden die FMH-Gutachter generell - mithin sowohl mit Blick auf direkte wie auch allfällige indirekte Schädigungen - gefragt, ob die Beeinträchtigungen auf die fragliche Operation zurückzuführen seien.

#### **E. 4.2.5**

Keine willkürliche Beweiswürdigung kann der Vorinstanz ferner vorgeworfen werden, wenn sie gestützt auf die medizinische Aktenlage feststellt, namentlich die bereits vor dem Eingriff vom 16. September 1993 vorgelegene erhebliche Atrophie der Hüftmuskulatur rechts, das von den FMH-Gutachtern ermittelte operationsfremde multifaktorielle Geschehen, die von Prof. Dr. med. L. \_\_\_\_\_ erwähnte Entzündung der Hüfte im Sinne spondylogener Beschwerden (KG-Eintrag vom 11. Oktober 1994) und die im Nachgang am 16. April 1996 durch Prof. Dr. med. F. \_\_\_\_\_ durchgeführte stark invasive dritte

Hüftoperation stünden der Annahme entgegen, es müsse aus dem Fehlen einer anderen denkbaren Ursache auf eine Nervenverletzung geschlossen werden.

#### **E. 4.2.6**

Die Beschwerdeführerin bemängelt schliesslich eine unzutreffende Beweislastverteilung. Indem es dem Beschwerdegegner nicht gelungen sei, eine andere Möglichkeit als die fragliche Operation als Auslöser für ihre gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit darzutun, müsse - im Sinne einer indirekten Beweisführung - der Kausalzusammenhang als gegeben angesehen werden. Sie verkennt dabei, dass es ihr oblag, zu beweisen, dass die am 16. September 1993 durch den Beschwerdegegner vorgenommene Tractopexie überwiegend wahrscheinlich die nachfolgend geklagten Gesundheitsstörungen bewirkt hat (vgl. auch bezirksgerichtlicher Beweisbeschluss vom 23. August 2004, S. 4 ff.). Dies ist ihr mit der Vorinstanz nicht gelungen. In der entsprechenden Erkenntnis im angefochtenen Entscheid kann keine Verletzung von Art. 8 ZGB erblickt werden. Auch stellte das kantonale Gericht nicht zu geringe Anforderungen an den Gegenbeweis. Mit ihrer Argumentation thematisiert die Beschwerdeführerin in Tat und Wahrheit erneut Willkür bei der Beweiswürdigung, welche sie nach dem Gesagten indessen nicht aufzuzeigen vermochte. Anders lautende, für das Obergericht verbindliche rechtliche Vorgaben sind dem Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts vom 10. Juli 2009 entgegen der in der Beschwerde vertretenen Betrachtungsweise nicht zu entnehmen.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz hat nach dem vorstehend Ausgeführten die bundesgerichtlichen Beweisanforderungen nicht missachtet. Sie hat keinen zwingenden Nachweis des Kausalzusammenhangs gefordert, sondern zutreffend dargetan, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit grundsätzlich genügt, eine solche im vorliegenden Fall aber nicht belegt ist. Vor diesem Hintergrund sind von zusätzlichen Beweismassnahmen keine weitergehenden Aufschlüsse zu erwarten, sodass sich die eventualiter beantragte Rückweisung der Angelegenheit zu ergänzender medizinischer Begutachtung erübrigt (antizipierte Beweiswürdigung; E. 4.2.4 hievor). Ebenfalls nicht durchzudringen vermag die Beschwerdeführerin mit ihrem Rechtsbegehren, es stehe ihr bereits auf Grund der Rechtswidrigkeit der am 16. September 1993 vorgenommenen Tractopexie ein Genugtuungsanspruch zu. Mangels Vorliegens eines rechtsgenügenden Kausalzusammenhangs fehlt es an den allgemeinen Voraussetzungen einer Haftpflicht, welche eine entsprechende Forderung gegenüber dem Beschwerdegegner begründeten (vgl. E. 3.1 hievor).

#### **E. 5**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 65 Abs. 1, 2 und 3 lit. b in Verbindung mit Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG). Sie hat dem anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner überdies die Parteikosten zu ersetzen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.