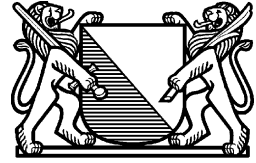


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP180021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 26. Februar 2019

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Winterthur vom 8. August 2018; Proz. FV160034**

Rechtsbegehren:

1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Schadenersatz im Betrag von Fr. 30'000.– bezahlen.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich bei Antrag Nr. 1 um eine Teilklage handelt und sich die Klägerin vorbehält, vom Beklagten zu einem späteren Zeitpunkt weiteren Schadenersatz zu fordern.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich 8% MwSt., zulasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 8. August 2018:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'950.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 14'031.– zu bezahlen.
5. (Mitteilungen)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 66 S. 2):

1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur vom 8. August 2018 im Verfahren FV160034-K aufzuheben.
2. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin Schadenersatz im Betrag von Fr. 30'000.– zu bezahlen.
3. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich bei Antrag Nr. 2 um eine Teilklage handelt und sich die Berufungsklägerin vorbehält, vom Berufungsbeklagten zu einem späteren Zeitpunkt weiteren Schadenersatz zu fordern.

4. *Eventualiter* sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) sowie unter neuer Festsetzung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten.

des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 74 S. 2):

1. Es sei die Berufung abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen;
2. *eventualiter* sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan: Klägerin) behauptet, bei einer Operation im Jahr 2003 am Kantonsspital C._____ habe sie als Folge eines ärztlichen Kunstfehlers bleibende körperliche und psychische Schäden erlitten. In der anschliessenden haftpflichtrechtlichen Auseinandersetzung mit dem Kanton war der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan: Beklagter) ihr Rechtsvertreter.

In diesem Verfahren geht sie (einstweilen mit einer Teilklage) gegen ihren früheren Anwalt vor, weil er ihre Ansprüche gegen den Kanton habe verjähren lassen, was der Beklagte in Abrede stellt.

2. Mit Schriftsatz vom 8. Juni 2016 (act. 1) reichte die Klägerin die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C._____ vom 11. April 2016 (act. 4) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur (fortan: Vorinstanz) ein, wobei sie den prozessualen Antrag stellte, das Verfahren sei auf die Frage der grundsätzlichen Haftung des Beklagten zu beschränken. Mit der Klageantwort vom 4. November 2016 beantragte der Beklagte neben der vollumfänglichen Abweisung der Klage, "es sei das Prozessthema zunächst auf die Frage der Verjährung des ursprünglichen

Anspruches der Klägerin gegenüber dem Kantonsspital C._____ (Staatshaftung) zu beschränken" (act. 13 S. 2 Ziff. 1).

Mit Verfügung vom 3. Januar 2017 (act. 23) beschränkte die Vorinstanz das Verfahren einstweilen auf die Frage der grundsätzlichen Haftung des Beklagten und setzte diesem eine Frist für die Ergänzung der Klageantwort, welche er am 3. April 2017 erstattete (act. 31). Nachdem die Klägerin auf eine Stellungnahme zum darin neu gestellten Nichteintretensantrag des Beklagten verzichtete (act. 36), ordnete die Vorinstanz einen zweiten Schriftenwechsel an (act. 39). Die Klägerin reichte am 7. Juli 2017 die Replik ein (act. 43). Der Beklagte duplizierte mit Eingabe vom 15. November 2017 (act. 51). Am 13. März 2018 fand die Hauptverhandlung statt (vgl. Prot. S. 18 ff., act. 61 und 62).

3. Mit Urteil vom 8. August 2018 wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 63 = act. 68). Gegen diesen Entscheid, der ihrem Vertreter am 10. August 2018 zugestellt wurde (act. 64/2) liess die Klägerin mit Eingabe vom 31. August 2018 (act. 66) rechtzeitig Berufung führen. Für die Kosten des Berufungsverfahrens leistete sie einen Vorschuss von Fr. 3'950.– (act. 71).

Der Beklagte beantwortete die Berufung mit Eingabe vom 24. Oktober 2018 (act. 74) und reichte am 1. November 2018 eine rechtliche Noveneingabe ein (act. 77). Beide Eingaben wurden der Klägerin zugestellt (act. 76 und 79), ohne dass sie sich dazu vernehmen liess.

II.

1. Der Beklagte hatte mit seiner ergänzenden Klageantwort die Zulässigkeit einer Teilklage im vereinfachten Verfahren bestritten und verlangt, es sei auf die Klage nicht einzutreten (act. 31 S. 7). Die Vorinstanz ist dem zu Recht nicht gefolgt und trat auf die Klage ein (act. 68 S. 4), was von keiner Seite angefochten wurde, so dass sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

2. Wie die Vorinstanz festhielt und zwischen den Parteien unbestritten ist, ist der behauptete Anspruch der Klägerin aus Arzthaftung gegen den Kanton als

Träger des Kantonsspitals C._____ nach dem kantonalen Haftungsgesetz (LS 170.1, abgekürzt HG) zu beurteilen (act. 68 S. 5 E. 4).

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe seine anwaltliche Sorgfaltspflicht verletzt, indem er zugelassen habe, dass der erwähnte Anspruch der Klägerin aus Arzthaftung gegen den Kanton verjährte. Deswegen verlangt sie von ihm in diesem Verfahren Schadenersatz.

3. Zur Verjährung hält das Haftungsgesetz unter der Regeste "Verwirkung und Verjährung" fest:

§ 24. 1 Die Haftung des Kantons erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Feststellung, Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert zwei Jahren seit Kenntnis der haftungsbegründenden Tatsachen beim Kanton einreicht.

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

4. Wie die Vorinstanz festhält, ist unbestritten, dass der Beklagte das Begehren der Klägerin gegenüber dem Kanton innerhalb der gesetzlichen Frist von § 24 Abs. 1 HG gestellt hatte. Eine Haftungsablehnung der zuständigen Behörde im Sinne von § 24 Abs. 2 HG sei nicht behauptet worden und mithin nicht erfolgt (act. 68 S. 5).

Die Klägerin beruft sich auf die absolute Verjährung, die mit Ablauf von 10 Jahren nach der Operation vom 20. August 2003 eingetreten sei, wie die D._____ als Haftpflichtversicherung des Kantonsspitals mit Schreiben vom 4. Oktober 2013 gegenüber dem Beklagten als damaligem Rechtsvertreter der Klägerin geltend gemacht habe (act. 1 S. 22 Rz. 55 m.H. auf act. 4/22).

Nach Massgabe von § 29 HG sei das Obligationenrecht ergänzend anzuwenden, weshalb Art. 60 Abs. 1 OR und Art. 127 OR zur Anwendung gelangten und der Anspruch nach einer Frist von 10 Jahren absolut verjährt sei. Im öffentlichen Recht könnten Forderungen selbst dann verjähren, wenn gesetzliche Bestimmungen fehlten. Das Obergericht des Kantons Zürich habe diesen Standpunkt in einem Entscheid vom 3. August 2012 (mithin ein Jahr vor dem Eintreten der absoluten Verjährung der Ansprüche der Klägerin gegenüber dem Kantonsspital) bestä-

tigt. Die Forderungen der Klägerin gegenüber dem Kantonsspital C._____ seien verjährt (act. 68 S. 5 f. E. 1.14 m.H. auf act. 1 S. 24 Rz. 61 f.).

5. Die Vorinstanz hielt fest, dass der Wortlaut des Haftungsgesetzes keine Regelung zur absoluten Verjährung enthalte. Bevor ein Analogieschluss gezogen werden könne, sei in den Materialien nach dem Sinn der Regelung zu forschen. Dem Kantonsratsprotokoll vom 24. März 1969 zur Lesung des Haftungsgesetzes sei zu entnehmen, dass die absolute Verwirkungsfrist von 10 Jahren in § 24 gestrichen wurde, weil man die Rechte des Bürgers nicht verkürzen wollte.

Die Vorinstanz erwog, "zumal das Gesetz diesbezüglich in der späteren Revision unangetastet blieb und auch der Verweis auf das Obligationenrecht bereits in der ursprünglichen Fassung bestand", bestehe für den vom Obergericht (im von der Klägerin angeführten Präjudiz) gezogenen Analogieschluss bzw. eine Ergänzung kein Raum. Der Gesetzgeber habe bei der Haftung des Kantons gegenüber Dritten im Rahmen eines qualifizierten Schweigens von einer absoluten Verjährungsfrist abgesehen. Eine absolute Verjährung könne in dieser Sachkonstellation nicht eintreten (act. 68 S. 8).

Da der Anspruch aus Arzthaftung nicht verjährt sei, schloss die Vorinstanz, liege keine Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten vor, und wies die Klage ab (act. 68 S. 9).

6. Die Klägerin stellt in Abrede, dass ein qualifiziertes Schweigen vorliege und der Gesetzgeber m.a.W. stillschweigend entschieden habe, dass keine absolute Verjährungsfrist bestehe (act. 66 S. 6 Ziff. 17).

Bei ihrer sehr kurzen Begründung habe sich die Vorinstanz einzig auf das Kantonsratsprotokoll aus dem Jahr 1969 gestützt und auf die Tatsache, dass bei der damaligen Revision des Haftungsgesetzes in § 24 die zehnjährige Verwirkungsfrist gestrichen worden sei. Sie übersehe dabei, dass das Haftungsgesetz damals ausschliesslich Verwirkungsfristen vorgesehen habe, die im Gegensatz zu Verjährungsfristen bekanntlich nicht unterbrochen würden und von Amtes wegen zu beachten seien. Mithin seien damals die Ansprüche des Bürgers in jedem Fall und

definitiv verloren gewesen, wenn er die gesetzlich geforderten Handlungen nicht rechtzeitig vornahm. Andere Unterbrechungshandlungen hätten nicht zur Verfügung gestanden (act. 66 S. 6 f. Ziff. 18).

Das habe sich mit der Revision im Jahr 1990 geändert. Seither sehe § 24 eine relative Verwirkungsfrist vor. Mithin verwirkten Ansprüche nicht mehr, wenn sie nicht ein Jahr nach Ablehnung durch die zuständige Behörde gerichtlich geltend gemacht würden, aber sie könnten verjähren (act. 66 S. 7 Ziff. 19).

Würden diese Umstände ebenfalls berücksichtigt, könne nicht einfach der Schluss gezogen werden, der Gesetzgeber habe sowohl bei der Änderung von § 24 HG im Jahr 1969 (Streichung der absoluten Verwirkungsfrist) als auch im Jahr 1990 (Einführung einer relativen Verjährungsfrist) ganz bewusst (im Sinne eines qualifizierten Schweigens) darauf verzichtet, in Staatshaftungsfällen eine absolute Verjährung vorzusehen, nur weil eine Verwirkung gemäss einer noch älteren Gesetzesversion vor knapp 50 Jahren gestrichen worden sei (act. 66 S. 7 Ziff. 20).

Wenn der Gesetzgeber Ansprüche nach dem Haftungsgesetz faktisch wie zivilrechtliche Ansprüche behandle, sei zudem nicht anzunehmen, dass er bewusst darauf verzichtet habe, im Haftungsgesetz eine absolute Verjährung vorzusehen, damit sie absolut unverjährbar seien (act. 66 S. 7 f. Ziff. 23).

Da kein qualifiziertes Schweigen vorliege bzw. keine Regelung zur Frage der absoluten Verjährung bestehe, sei durch Auslegung zu ermitteln, ob eine absolute Verjährung gelte. § 29 HG erkläre ausdrücklich die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts als anwendbar, falls das Haftungsgesetz zu einem bestimmten Punkt keine eigene Regelung treffe. Somit seien direkt die absoluten Verjährungsfristen von zehn Jahren gemäss Art. 60 Abs. 1 OR bzw. Art. 127 OR anwendbar (act. 66 S. 8 Ziff. 26).

7. In der Berufungsantwort hält der Beklagte fest, dem Kantonsratsprotokoll vom 24. März 1969 sei unmissverständlich zu entnehmen, dass die absolute Verwirkung von zehn Jahren gestrichen worden sei, weil man die Rechte des Bürgers nicht habe verkürzen wollen (act. 74 S. 11 Rz. 34).

Die Klägerin scheine der Meinung zu sein, dass das Haftungsgesetz im Jahr 1969 revidiert worden sei. Das Haftungsgesetz stamme aber vom 14. September 1969. Das Kantonsratsprotokoll sei nicht im Rahmen einer Revision entstanden, sondern während des historischen Gesetzgebungsverfahrens bzw. der Beratung im Kantonsrat. Die "ehemalige" zehnjährige Verwirkungsfrist sei nicht aus einem bestehenden Gesetz, sondern aus dem Entwurf zum Gesetz gestrichen worden (act. 74 S. 12 f. Rz. 42 f.).

Es sei erwiesen, dass der historische Gesetzgeber die Frage der absoluten Frist in Bezug auf § 24 HG mittels qualifiziertem Schweigen im Gesetz negativ geregelt habe. Der Verzicht auf eine absolute Verjährungsfrist sei mit der Stärkung der Rechte des Bürgers begründet worden. Somit liege weder eine echte noch eine unechte Lücke vor, die ausnahmsweise gefüllt werden müsste. Es stehe dem Richter nicht zu, mittels Auslegung, Analogieschluss oder anders eine Lückenfüllung vorzunehmen (act. 74 S. 11 Rz. 35).

Die Revision im Jahr 1990 habe die Grundsätze des Haftungsgesetzes nicht wesentlich verändern wollen. In der Absicht, die Verfahrensregeln zu vereinfachen, "um dem geschädigten Bürger die Durchsetzung seines Schadenersatzanspruches zu erleichtern", habe der historische Gesetzgeber "nur" einige Verwirkungszu Verjährungsfristen "umwandeln" sowie die Dauer der Fristen zum Teil verlängern wollen. Die nicht existierende absolute Frist sollte jedoch nicht angetastet werden. Eine zusätzliche absolute Frist sollte auch nach der Revision im Jahr 1990 nicht existieren (act. 74 S. 13 f. Rz. 47 f.).

Das ehemalige Kassationsgericht habe in einem Urteil vom 31. August 2000, zu dem die Klägerin in der Berufung keine Stellung nehme, unter systematischer und ausführlicher Würdigung der Gesetzesmaterialien eine tiefgreifende Prüfung des Haftungsgesetzes vorgenommen und festgehalten, dass in Bezug auf § 24 HG keine absolute Verjährungsfrist vorliege. Der gegenteilige Schluss des Obergerichts in einem *obiter dictum* im (in der Berufung erwähnten) Entscheid vom 3. August 2012 missachte die bestehende negative Regelung (act. 74 S. 18 f. Rz. 79 ff.).

8. Wäre das Haftungsgesetz nicht revidiert worden und der Fall nach dem Haftungsgesetz von 1969 zu entscheiden, wäre die Sache klar: Wie aus den Materialien hervorgeht, wurde die absolute Verwirkungsfrist bewusst aus dem Entwurf gestrichen, "weil man die Rechte des Bürgers nicht verkürzen wollte" (Kantonsratsprotokoll vom 24. März 1969, StAZH MM 24.78 KRP 1969/060/0456, p. 2407). Damit steht fest, dass es sich beim Fehlen einer entsprechenden Regelung um ein qualifiziertes Schweigen handelte und nicht um eine Lücke i.S. von § 29 HG, die unter Heranziehung der Bestimmungen des OR zu füllen wäre.

Mit der Revision von 1990 änderte sich äusserlich nichts daran, dass eine absolute Frist im Gesetz nicht erwähnt wird. Die einschlägigen Bestimmungen sind jedoch nicht isoliert, sondern im Kontext der ganzen Ordnung der Verwirkung bzw. Verjährung zu betrachten. Diese wurde bei der Revision von 1990 mit dem (teilweisen) Systemwechsel von der Verwirkung zur Verjährung grundlegend umgestaltet, so dass Auswirkungen auf die Auslegung von § 24 Abs. 1 HG nicht von vornherein ausgeschlossen werden können, auch wenn diese Bestimmung äusserlich unverändert blieb. Diese Möglichkeit verwarf die Vorinstanz vorschnell mit der Feststellung, da weder § 24 Abs. 1 HG noch § 29 HG verändert worden sei, habe sich an der Rechtslage nichts geändert (act. 68 S. 8 E. 4.6).

Damit stellt sich die Frage, ob aus dem qualifizierten Schweigen des Haftungsgesetzes in der Fassung von 1969 im Zuge der Revision von 1990 eine unplanmässige Lücke wurde, weil mit der (ausdrücklich erwähnten) relativen Verjährung in § 24 Abs. 2 HG gleichzeitig auch eine absolute Verjährung eingeführt wurde, was als Selbstverständlichkeit keinen Eingang in den Gesetzestext fand, sondern stillschweigend geschah, aber von nun an bei der Auslegung von § 24 HG zu berücksichtigen wäre.

9. Die Motion 2265 vom 1. April 1985 beauftragte den Regierungsrat (StAZH MM 24.114. KRP 1985/108/0012):

"die rechtlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit Patienten von öffentlichen Spitälern in Bezug auf die Verjährungsvorschriften für die Haftung bei fehlerhafter Behandlung in ihren Rechten denjenigen der Patienten der Privatspitäler gleichgestellt werden, insbesondere

- a) durch Umwandlung der gemäss Haftungsgesetz vorgesehenen Verwirkungs- und Verjährungsfristen;
- b) durch Anpassung der Dauer dieser Fristen an die Bestimmungen des Obligationenrechts."

Dieser Motion sei bei der Revision des Haftungsgesetzes nicht entsprochen worden, stellte der Präsident der vorberatenden Kommission fest, was er damit begründete, dass die im Privatrecht für die Fristwahrung vorgesehene Betreuung und Klage das Vorverfahren nach Haftungsgesetz ausschliessen würde, das sich bewährt habe. Zwar sei die Frist nach Haftungsgesetz kürzer als nach Vertragsrecht, aber sie beginne in aller Regel auch viel später zu laufen, nämlich erst mit der Kenntnis des Schadens und den wesentlichen Umständen der Verursachung. Dann könne nach Vertragsrecht die Verjährung bereits eingetreten sein (Kantonsratsprotokoll vom 11. Juni 1990, StAZH MM 24.127 KRP 1990/163/0003, p. 10204).

Verwirkungsfristen könnten im Gegensatz zu Verjährungsfristen nicht unterbrochen werden. Sei die Frist aber gewahrt (durch Anmeldung des Schadenersatzbegehrens) müsse der Geschädigte nachher nicht immer wieder innerhalb eines Jahres irgendwie aktiv werden, um zu verhindern, dass die Forderung wegen schleppender Behandlung verjähre. Die Verwirkung sei in dieser Hinsicht zumindest für den juristischen Laien vorteilhafter (Kantonsratsprotokoll vom 11. Juni 1990, StAZH MM 24.127 KRP 1990/163/0003, p. 10230 f.).

Mit ihrer Vorlage, die zumindest mit Bezug auf die hier interessierende Bestimmung von § 24 HG unverändert zum Gesetz wurde, hatte die Kommission die Frist für die Anmeldung des Begehrens in Abs. 1 von einem auf zwei Jahre und die Frist für die Einreichung der Klage in Abs. 2 von sechs Monaten auf ein Jahr verdoppelt und für letztere "ausserdem nach langer Diskussion der Verjährung anstelle der Verwirkung den Vorzug gegeben" (Kantonsratsprotokoll vom 11. Juni 1990, StAZH MM 24.127 KRP 1990/163/0003, p. 10231).

Alle diese Änderungen seien einstimmig erfolgt, erwähnte der Kommissionspräsident, nicht ohne anzufügen, über die Philosophie der Verwirkung und der Verjäh-

zung könnte lange diskutiert werden (Kantonsratsprotokoll vom 11. Juni 1990, StAZH MM 24.127 KRP 1990/163/0003, p. 10231).

Ein anderes Mitglied, das die ursprüngliche Motion befürwortet hatte, aber mit diesem Anliegen nach eigener Einschätzung "nicht vollends durchgedrungen" war, stellte die Frage in den Raum, ob es nicht tunlich wäre, dass auch für den Bereich der Staatshaftung die nämlichen Verjährungsfristen gölten wie im Obligationenrecht, und merkte an, diese Frage habe die Kommission nicht endgültig beantwortet (Kantonsratsprotokoll vom 11. Juni 1990, StAZH MM 24.127 KRP 1990/163/0003, p. 10211).

Sämtliche Votanten stimmten darin überein, dass mit dem erzielten Kompromiss ein wichtiger Fortschritt bzw. eine (beträchtliche) Erleichterung für den Geschädigten geschaffen worden sei. Es wurde auch geäußert, man habe bezüglich Verwirkung und Verjährung "den Weg gewählt, der am bürgernahesten ist", da es leichter sei, die Verwirkung bei der Anmeldung des Schadens zu überwinden und zu beseitigen als eine Verjährung zu unterbrechen (Kantonsratsprotokoll vom 11. Juni 1990, StAZH MM 24.127 KRP 1990/163/0003, p. 10208 ff.).

10. Die Regelung der Verwirkung / Verjährung in der Revision wurde in der parlamentarischen Beratung als Kompromiss bezeichnet. Diese Aussage bezieht sich auf das Verhältnis zwischen der Rechtslage vor der Revision (zweistufiges System mit Verwirkungsfristen) und der Motion, welche einen Wechsel zu einem einstufigen System mit Verjährungsfristen forderte. Die Revision, welche das zweistufige System beibehält, aber bei der zweiten Frist zur Verjährung wechselt, kombiniert die beiden Varianten, was als Kompromiss umschrieben werden kann.

Demgegenüber deutet nichts darauf hin, dass mit dem Wort Kompromiss ein Interessenausgleich zwischen dem Bürger als potentiell Geschädigtem und dem Staat als Haftungssubjekt gemeint wäre, bei dem die absolute Verjährung das Gegenstück zur Verdoppelung der Fristen und der Einführung der Verjährung für die Einreichung der Klage darstellen würde, wie die einhellige Betonung der Vorzüge der getroffenen Regelung für die Geschädigten unterstreicht.

Besonders deutlich erhellt das aus dem Votum des Kommissionspräsidenten, dass die Frist für die Anmeldung erst zu laufen beginne, wenn nach Vertragsrecht die Verjährung bereits eingetreten sein könne, und dass der Geschädigte die Verjährung nicht immer wieder unterbrechen müsse, wenn er die Frist für die Anmeldung gewahrt habe (Kantonsratsprotokoll vom 11. Juni 1990, StAZH MM 24.127 KRP 1990/163/0003, p. 10204 und 10230 f.). Das zeigt, dass es nach dem Willen des historischen Gesetzgebers daneben keine absolute Verjährung geben sollte.

Hätte der Gesetzgeber bei der Revision eine absolute Verjährungsfrist einführen wollen, nachdem er beim Erlass des Gesetzes durch die Streichung einer entsprechenden Bestimmung explizit darauf verzichtet hatte, wäre es angebracht gewesen, dies ausdrücklich zu erwähnen, um einem solchen Auslegungsstreit vorzubeugen. Dass der Kommission in der Hitze des parlamentarischen Gefechts beim Schmieden eines Kompromisses ein solches gesetzgebungstechnisches Versehen unterlaufen ist, lässt sich zwar nicht ausschliessen, ist aber nicht wahrscheinlich angesichts des darin vertretenen juristischen Sachverständes, den der Kommissionspräsident einleitend leicht (selbst-)ironisch hervorhebt (StAZH MM 24.127 KRP 1190/163/0003, p. 10205).

11. Das Obligationenrecht kennt für die ausservertragliche Haftung neben einer relativen Verjährungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person eine sogenannte absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet (Art. 60 Abs. 1 OR).

Es ist zu beachten, dass sich nicht nur die Dauer, sondern auch der Beginn dieser Fristen unterscheidet: während die absolute Frist ab dem schädigenden Ereignis beginnt, läuft die relative Frist erst ab Kenntnis durch den Geschädigten, was entweder gleichzeitig oder später ist und dazu führen kann, dass die relative Frist trotz ihrer kürzeren Dauer nach der absoluten Frist abläuft. Als *ratio legis* der absoluten Verjährung gilt, zu verhindern, dass Schadenersatzforderungen nie verjähren, weil der Geschädigte keine Kenntnis vom Schaden hat.

Die absolute Verjährung bringt aber im Gegenzug mit sich, dass eine Forderung verjähren kann, bevor der Geschädigte Kenntnis von ihr erhält. Als Verjährungs-

frist kann sie zwar grundsätzlich unterbrochen werden. Diese Möglichkeit wird aber relativiert durch den Umstand, dass die meisten Unterbrechungshandlungen Kenntnis des Schadens und des dafür Verantwortlichen voraussetzen.

Die absolute und die relative Verjährungsfrist sind nicht austauschbar, sondern stehen in einem Verhältnis der Subsidiarität zueinander: die absolute Verjährung kommt zum Tragen, solange die relative Verjährungsfrist nicht ausgelöst wurde, weil der Geschädigte keine Kenntnis vom Schaden und von der ersatzpflichtigen Person hat. Hat der Geschädigte Kenntnis vom Schaden, wird die absolute von der relativen Frist abgelöst und verliert jegliche Bedeutung, es sei denn, die absolute Frist läuft vor der relativen ab, falls sie nicht unterbrochen wird (vgl. Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, Bern 1998, S. 261).

12. Überträgt man diese Voraussetzungen auf das Haftungsgesetz, wird der von der Klägerin gezogenen Analogie zur Verjährungsordnung des Obligationenrechts der Boden entzogen. Die Verjährung kommt im Haftungsgesetz erst zum Tragen, wenn das Begehren unter Wahrung der Verwirkungsfrist von § 24 Abs. 1 HG angemeldet wurde. Die Verwirkungsfrist des § 24 Abs. 1 HG wird durch die Kenntnis des Schadens ausgelöst. Besteht diese Kenntnis, bleibt für eine absolute Verjährung analog zum OR kein Raum.

Es widerspricht dem Grundsatz der Subsidiarität, wenn die absolute Verjährung eintritt, nachdem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden hat - was die Verwirkungsfrist für die Anmeldung auslöst - und diese Frist gewahrt wurde, was im Obligationenrecht dazu führen würde, dass die absolute Frist nicht mehr relevant ist.

Daran ändert nichts, wenn die absolute Verjährung an die relative Verjährungsfrist von § 24 Abs. 2 HG angeknüpft wird. Diese Frist wird durch die Ablehnung des Begehrens durch den Kanton ausgelöst, d.h. durch eine Handlung des Schuldners. Aus Schuldnersicht besteht kein Anlass, diese kurze relative Frist durch eine längere absolute Frist zu ergänzen, da es der Kanton in der Hand hat, die relative Frist auszulösen und so zu verhindern, dass die Verjährung nie eintreten kann.

Das Verständnis der Klägerin hätte zur Folge, dass der Geschädigte nach der Anmeldung seines Begehrens nicht erst nach einer Ablehnung durch den Kanton die relative Verjährungsfrist für die Einreichung der Klage, sondern bereits vorher die absolute Verjährung beachten muss, falls sich der Kanton mit der Ablehnung seines Begehrens bis zum Ablauf der absoluten Frist Zeit lässt. Nicht nur widerspricht es dem Sinn des Instituts der Verjährung, wenn der Geschädigte die Verjährung unterbrechen muss, obwohl es eigentlich am Schuldner wäre, die nächste Handlung vorzunehmen, sondern es widerspricht auch dem Geist des zweistufigen Systems mit einer verwaltungsinternen ersten Phase, wenn der Geschädigte während der ersten Phase die Verjährung mit einer Rechtsverfolgungshandlung unterbrechen muss, die eigentlich in die zweite Phase gehört.

13. Die Auffassung der Klägerin wird von der Nachführung einer vergleichenden Darstellung des Staatshaftungsrechts der Kantone geteilt, welche unter Verweis auf einen Gerichtsentscheid ohne weitere Begründung festhält, im Kanton Zürich gelte neben einem zweijährigen relativen Verwirkungszeitraum eine zehnjährige absolute Verjährungsfrist (Gross / Pribnow, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Bern 2001, S. 138 f. Rz. 396 und Fn 572).

Beim zitierten Gerichtsentscheid handelt es sich um den schon erwähnten Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 3. August 2012 (Verfahren LB110076). Darin hatte die I. Zivilkammer unter Verweis auf eine frühere Fassung des soeben angeführten Werks - das allerdings an der zitierten Stelle nur allgemein äussert, vorherrschend sei die Regelung von Art. 60 OR, ohne spezifisch auf die Rechtslage im Kanton Zürich einzugehen (vgl. act. 74 S. 10 Rz. 29) - in einem *obiter dictum* festgehalten, wenn die relative Verjährung nicht ausgelöst worden sei, sei analog zu § 25 HG und gestützt auf § 29 HG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR von einer absoluten Verjährung von 10 Jahren seit dem schädigenden Ereignis auszugehen (OGer LB110076, Urteil vom 3. August 2012, S. 19 E. 3.3 lit. b/bb m.H. auf Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. A., Bern 2001, S. 96).

An dieser Auffassung kann nach dem Gesagten (vgl. oben 10-12) nicht festgehalten werden. Die Analogie zu § 25 HG, der den Rückgriff des Kantons auf seine Angestellten regelt, ist nicht zielführend, da diese Bestimmung mit dem Verhältnis

zwischen Staat und Angestelltem nicht nur eine andere Konstellation betrifft, sondern insbesondere kein zweistufiges Verfahren kennt, bei dem die relative Verjährung durch eine Reaktion des Schuldners ausgelöst wird.

Die Vorinstanz begründete ihre davon abweichende Auffassung zwar nur knapp, aber wie sich zeigt, lag sie im Ergebnis richtig. Wie der Beklagte bereits vor Vorinstanz und in der Berufungsantwort anführt, vertrat das Kassationsgericht in einem Entscheid vom 31. August 2000 (Kass.-Nr. 99/302 Z) mit einer ähnlichen Begründung die gleiche Auffassung wie die Kammer (act. 74 S. 18 f. Rz. 79 ff.; act. 51 S. 12 ff. Rz. 35 ff. m.H. auf act. 52/21).

14. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es nach dem kantonalen Haftungsgesetz keine absolute Verjährungsfrist gibt. Das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung ist ein bewusster gesetzgeberischer Entscheid und stellt keine Lücke dar. Es kommt daher nicht zu einer analogen Anwendung der obligationenrechtlichen Bestimmungen.

Nachdem der Beklagte die von der Klägerin gegen den Kanton erhobene Forderung aus Arzthaftung unter Wahrung der Verwirkungsfrist von § 24 Abs. 1 HG rechtzeitig angemeldet hatte und solange der Kanton dieses Begehren nicht ablehnte und die Frist von § 24 Abs. 2 HG somit nicht ausgelöst wurde, kann die Verjährung nicht eingetreten sein. Die behauptete anwaltliche Pflichtverletzung des Beklagten, auf welche die Klägerin ihren Anspruch stützt, hat sich daher nicht ereignet, was zur Abweisung ihrer Klage aus Anwaltshaftung führt.

Demnach ist die Berufung abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz, mit dem die Klage abgewiesen wurde, zu bestätigen.

III.

Bei diesem Ausgang dieses Verfahrens ist die vorinstanzliche Regelung der Nebenfolgen zu bestätigen und ist die Klägerin auch im Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 8. August 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'950.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'231.– (7.7% Mehrwertsteuer eingeschlossen) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. A. Götschi

versandt am: