

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20070808_d_nw_o_01 vom 8. August 2007

FINMA Versicherungsrecht, 2007-08-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20070808_d_nw_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20070808_d_nw_o_01 du 8 août 2007

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20070808_d_nw_o_01 del 8 agosto 2007

Erwägungen

E. 8

rungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten. Der Kläger hat Wohnsitz in Ennetbürgen, folglich ist das Kantonsgericht Nidwalden örtlich zuständig.

Die sachliche Zuständigkeit der Zivilabteilung, Grosse Kammer, ergibt sich aus Art. 15 Ziff. 2 GerG (Gerichtsgesetz; NG 261.1).

2. – Der Kläger hat sich bei der Beklagten mit der Einzel-Unfall- versicherung Previsia Maxi gegen die Folgen eines Nichtberufsunfalls zusatz- versichert. Gemäss Art. 8 Abs. 1 der Allgemeinen Bestimmungen (AGB) zur Einzelunfallversicherung (KB 4) zahlt die Beklagte im Falle einer vorübergehen- den vollständigen Arbeitsunfähigkeit während der Dauer der ärztlich bestätigten Arbeitsunfähigkeit für jeden Tag des Jahres das vereinbarte Taggeld aus. Im Weiteren wird Invaliditätskapital ausbezahlt, wenn ein Unfall innerhalb von 5 Jahren ab dem Zeitpunkt des Unfalles eine als bleibend eingestufte Invalidität hervorruft (Art. 7 Abs. 1 der AGB; KB 4).

2.1. Wird infolge eines Unfalles die Erwerbsfähigkeit des Versicherten voraussichtlich bleibend beeinträchtigt, so ist die Entschädigung, sobald die voraussichtlich dauernden Unfallfolgen feststehen, auf Grundlage der für den Fall der Invalidität versicherten Summe in Form der Kapitalabfindung auszurich- ten (Art. 88 Abs. 1 VVG; SR 221.229.1). Diese Bestimmung liefert die rechtli- chen Grundlagen für die Bemessung und Berechnung der Invaliditätsentschä- digung bei unfallbedingter Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit. Lebens-, Taggeld- und Todesfallversicherungen, obwohl die Letzteren im Gesetzestext nicht erwähnt werden, unterstehen ebenfalls Art. 88 VVG (Atilay ILERI, in: Hein- rich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Anton K. SCHNYDER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, N. 3 und 7 zu Art. 88 VVG). Art. 88 VVG ist auf alle Unfallversicherungsverträge anwendbar. Seit der Einführung der obligatorischen Unfallversicherung schliesst die Privat- assekuranz mit ihren Versicherungsnehmern statt Kollektivunfallversicherungs- Verträgen nun die gesetzlichen Unfallversicherungs-Verträge ab. Diese Verträ- ge unterstehen der Gesetzgebung über die obligatorische Unfallversicherung aa.

E. 9

(Art. 68 UVG). Die meisten Versicherungsnehmer schliessen mit den Versiche- rungsgesellschaften allerdings Zusatzverträge ab (sog. UVGZ-Verträge), in de- ren allgemeinen Bedingungen auf die Vorschriften der obligatorischen Unfall- versicherung (UVG und UVV) verwiesen wird. Diese sog. UVGZ-Verträge un- terstehen allerdings dem VVG und somit auch dessen Art. 88 (ILERI, a.a.O., N. 5 und 8 zu Art. 88 VVG). Die

vorliegend in Frage stehende Einzel- Unfallversicherung Previsia Maxi untersteht als sog. UVGZ-Vertrag also dem VVG.

2.2. Der Anspruch auf Versicherungsleistungen gemäss Art. 88 Abs. 1 VVG setzt voraus, dass die Gesundheit der versicherten Person durch einen Unfall beeinträchtigt wird und dieser Körperschaden beim Versicherten eine Erwerbsunfähigkeit (vorübergehend oder dauernd) oder dessen Tod herbeiführt (ILERI, a.a.O., N. 11 zu Art. 88 VVG).

Die Parteien sind sich einig, dass es sich beim Vorfall vom 29. September 2002, bei welchem der Kläger über seinen Hund stolperte, grundsätzlich um einen Unfall im Sinne des versicherten Risikos der Unfallzusatzversicherung Previsia Maxi handelt (Klage S. 5 Ziff. 8; Rechtsantwort S. 5 ad 8.; KB 8). Unstreitig ist auch die Tatsache, dass der Kläger bereits vor dem Unfallereignis an Hüftarthrose litt. Der Kläger fordert nun von der Beklagten die Leistung von Taggeldern und Invaliditätskapital, weil es seiner Auffassung nach ohne das Unfallereignis vom 29. September 2002 nicht zur Hüftoperation und anschliessender Arbeitsunfähigkeit gekommen wäre. Dem hält die Beklagte entgegen, die operative Einsetzung des künstlichen Hüftgelenks sei auf die vorbestehende, krankhaft degenerative Coxarthrose des Klägers zurückzuführen und sie bestreitet, dass der Unfall geeignet sei, auch nur teilweise Ursache der zwei Monate später erfolgten Operation zu sein.

Streitig und zu prüfen ist demnach, ob der Kläger infolge jenes Unfallereignisses vom 29. September 2002 an Gesundheitsschädigungen litt, für welche die Beklagte Versicherungsleistungen schuldet, bzw. ob zwischen dem Unfall und den anschliessend vom Kläger verspürten Schmerzen im Hüftbereich, aa. aa.

E. 10

welche schliesslich die Operation erforderten, ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zu sehen ist.

2.2.1. Mit der Formulierung, "wird infolge eines Unfalls ..." setzt Art. 88 VVG voraus, dass die Erwerbsunfähigkeit mit dem Unfall im kausalen Zusammenhang stehen muss (ILERI, a.a.O., N. 16 zu Art. 88 VVG). Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität des Versicherten beeinträchtigt hat, der Unfall mit anderen Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfielen (BGE 119 V 337 Erw.1; 117 V 360 Erw. 4a mit Hinweisen).

2.2.2. Für die Leistungspflicht muss neben dem natürlichen auch ein adäquater Kausalzusammenhang vorliegen. Die adäquate Kausalität richtet sich nicht nach der vom eidgenössischen Versicherungsgericht entwickelten Praxis, sondern nach dem vom Bundesgericht im Haftpflichtrecht entwickelten Begriff (BGE 123 III 110 ff.; ILERI, a.a.O., N. 17 zu Art. 88 VVG). Bundesgericht und Eidgenössisches Versicherungsgericht gehen allerdings von derselben Umschreibung der Adäquanz aus. Danach hat ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der

Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (Anton K. SCHNYDER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, N. 16 zu Art. 41 OR). Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz ist sowohl im Sozialver- sicherungs- als auch im Haftpflichtrecht eine Begrenzung der Haftung. Sie dient als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der unter Umstän- den der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu

E. 11

sein. Beim adäquaten Kausalzusammenhang im Sinne der genannten Um- schreibung handelt es sich um eine Generalklausel, die im Einzelfall durch das Gericht gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit konkretisiert werden muss. Die Beantwortung der Adäquanzfrage beruht somit auf einem Werturteil. Es muss entschieden werden, ob eine unfallbedingte Störung billigerweise noch dem Schädiger oder Haftpflichtigen zugerechnet werden darf. Das Gericht hat dabei die gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles, aber auch den Zweck einer Norm oder eines ganzen Normenkomplexes, so z.B. im Bereich der Unfallversicherung auch deren Schutzzweck zu berücksichtigen (BGE 123 III 112 f. Erw. 3a mit weiteren Hinweisen).

An die massgebende Bedeutung der Unfallursache werden in der sozia- len Unfallversicherung höhere Anforderungen gestellt als im privaten Haftpflicht- recht. Die Abgrenzung adäquater Unfallfolgen von inadäquaten kann daher in beiden Rechtsgebieten unterschiedlich ausfallen. Das Haftpflichtrecht erlaubt eine Berücksichtigung unfallfremder Mitursachen eines Schadens im Rahmen der Schadenersatzbemessung, während es im Anwendungsbereich des UVG um die Alternative des Alles-oder-Nichts geht, soweit sich vorbestandene Ge- sundheitsschäden nicht auf die Erwerbsfähigkeit ausgewirkt haben (Art. 36 Abs. 2 UVG, 2. Satz e contrario; BGE 123 III 114 Erw. 3b). In BGE 113 II 89 f. Erw. 1b führte das Bundesgericht aus, nach Lehre und Rechtsprechung zum rechtserheblichen Kausalzusammenhang genüge es, dass der Haftpflichtige eine Schadensursache gesetzt habe, ohne die es nicht zum Unfall gekommen wäre, während Mitursachen – in jenem Fall die konstitutionelle Prädisposition des Geschädigten – den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder zu unterbrechen noch auszuschliessen vermöchten. Hingegen könne ein vor- bestehendes Leiden des Geschädigten für den Umfang der Haftpflichtansprü- che gemäss Art. 42 bis 44 OR von Bedeutung sein. Demgegenüber kann das soziale Unfallversicherungsrecht Gesundheitsschädigungen, die vor dem Unfall bestanden haben, jedoch nicht zu einer Verminderung der Erwerbsfähigkeit geführt haben, gemäss Art. 36 Abs. 2 UVG nicht durch eine angemessene Kür- zung der Entschädigungszahlung Rechnung tragen. Die Zurechnung kann auch in Grenzfällen nicht abgestuft werden, sondern nur über den adäquaten Kau-

E. 12

salzusammenhang und damit über den Haftungsgrundsatz erfolgen. Im Haft- pflichtrecht dagegen kann der geringen Intensität einer Unfallursache im Zu- sammenspiel mit anderen im Rahmen der Ersatzbemessung Rechnung getra- gen werden (BGE 123 III 114 f. Erw. 3c mit weiteren Hinweisen; BGE 4C.222/2004 vom 14. September 2004 Erw. 3 f.).

2.2.3. Wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, hat jene Partei das Vor- handensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ablei- tet (Art. 8 ZGB). Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht von der

Richtigkeit einer Sachbehauptung so überzeugt ist, dass allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung nach objektiven Gesichtspunkten ergeben sich einerseits aus dem Gesetz und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Danach wird ins- besondere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Nach dem Beweismass der überwiegen- den Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt nach ständiger Rechtsprechung namentlich für den natürlichen bzw. hypotheti- schen Kausalzusammenhang (BGE 4C.222/2004 vom 14. September 2004 mit weiteren Hinweisen).

2.3. Für die Beurteilung der Frage nach dem natürlichen und adäqua- ten Kausalzusammenhang liegt ein auf Antrag der Beklagten vom Gericht bei Dr. med. Thomas Perren, Facharzt FMH für Orthopädische Chirurgie, Chefarzt Spital Davos, Davos, in Auftrag gegebenes Gutachten sowie ein dazugehöriges Ergänzungsgutachten vor.

H., in ...,

E. 13

2.3.1. Dr. med. Thomas Perren beurteilte in seiner Expertise vom 4. Au- gust 2005 die Sachlage einleitend aus orthopädischer Sicht und hielt fest, dass aus medizinischer Sicht keine komplexe Situation vorliege. Bereits vorgängig zum Trauma vom 29. September 2002 habe eine klar fortgeschrittene Coxarth- rose links bestanden, welche gemäss Aussagen des Klägers weitgehend a- symptomatisch gewesen sei. Aus den Akten gehe hervor, dass die Konsultation inkl. radiologischer Abklärung der Hüfte im Juli 2001 ohne wesentliche Hüftbe- schwerden erfolgt sei, bei im Vordergrund bestehenden Rückenbeschwerden (Lumbalgien). Das Schreiben des behandelnden Hausarztes vom 20. Mai 2003 an den Rechtsanwalt des Klägers halte allerdings doch fest, dass der Kläger im Juli 2001 wegen "erstmalig auftretender Hüftbeschwerden" beurteilt worden sei. Abgesehen davon fänden sich in den Akten keine weiteren Anhaltspunkte für bedeutende Probleme im Zusammenhang mit der betroffenen Hüfte. Es wider- spreche nicht den Angaben des Klägers, dass der weitere Verlauf bis zum Sep- tember 2002 weitgehend problemlos und weitgehend beschwerdefrei verlaufen sei. Ein Bagatell-Trauma wenige Tage vor dem besagten Ereignis vom 29. Sep- tember 2002 sei ebenfalls problemlos toleriert worden. Dem Unfallereignis vom 29. September 2002 sei aus medizinischer Sicht anzufügen, dass nicht relevant sei, ob eine Einblutung im Hüftbereich bildgebend habe dokumentiert werden können oder ob andere radiologische Hinweise für das Trauma vorgelegen hät- ten. Eine durch ein Trauma einwirkende äussere Kraft auf eine bestehende Coxarthrose könne eine akute Beschwerdezunahme auch ohne Vorliegen die- ser Veränderungen erklären. Zur Kernfrage, der Frage nach der Kausalität, könne sicherlich bemerkt werden, dass das Einwirken einer äusseren Kraft durch den Unfall die zuvor weitgehend beschwerdefreie Coxarthrose habe symptomatisch werden lassen. Dies entspreche der Diagnose einer traumati- sierten Coxarthrose. Der Arthrosegrad sei bereits damals stark fortgeschritten gewesen. In welcher Zeit eine Remission der traumabedingten Verschlimme- rung erwartet werden dürfe und ob überhaupt mit einer solchen gerechnet wer- den könne, lasse sich im Einzelfall nicht festlegen. Erfahrungsgemäss sei das Regenerationspotential eines

Arthrosegelenkes mit zunehmendem Schwere- grad eingeschränkt und man sehe recht häufig, dass Einwirkungen äusserer Kräfte bei Unfällen bei fortgeschrittener Arthrose einen definitiven richtungswei- H.

E. 14

senden Ausschlag geben würden. Es sei somit seines Erachtens nicht möglich anzugeben, wann und ob überhaupt ein Status quo sine hätte erreicht werden können. Ein Status quo ante sei ohnehin nicht möglich, da das Arthroseleiden per se progredient sei und diese Arthrosezunahme auch radiologisch vom Juli 2001 bis zum September 2002 dokumentiert sei (Gutachten Ziff. 3. S. 4 und 5).

Zur konkret gestellten Frage, ob der Kläger heute nach der Operation in der Gebrauchsfähigkeit seiner Hüfte eingeschränkt sei, führte der Experte aus, dass beim Kläger heute ein anamnetisch klinisch und radiologisch gutes Resul- tat vorliege. Es beständen nur noch minimale Restrisiken in dem Sinne, dass der Kläger frühere Tätigkeiten mit erhöhtem Risiko, so z.B. das Besichtigen von Baustellen oder das Gehen auf Segelbooten, heute meide. Im Übrigen aber sei der Kläger zu 100 % arbeitsfähig und auch im übrigen Alltag inkl. Freizeitsport seien anamnetisch keine Einschränkungen vorhanden. Der Kläger sei demnach seit dem 1. Mai 2005 beschwerdefrei und grundsätzlich wieder erwerbsfähig. Dem Gutachter wurde im Weiteren die Frage unterbreitet, ob die Totalprothesenarthroplastik auf Grund des massiv degenerativen Vorzustandes bzw. der vorbestehenden asymptomatischen Hüftarthrose und nicht infolge des Sturzes vom 29. September 2002 bzw. eines Unfalls notwendig gewesen sei. Dazu hält der Bericht fest, dass wenn bis zum Unfall vom 29. September 2002 von einer weitgehend beschwerdearmen Coxarthrose ausgegangen werden müsse, so könne der Unfall und das Einwirken einer äusseren Kraft auf ein schwer arthro- tisch verändertes Gelenk nicht nur zu einer vorübergehenden Verschlimmerung führen, sondern sogar eine solche als dauernd und richtungsgebend beeinflus- sen. Bei der Indikationsstellung zur Totalprothesenarthroplastik bei rein degene- rativem Gelenksleiden spiele der Leidensdruck eine ausschlaggebende Bedeu- tung. Bis zum Unfall habe kein bedeutender Leidensdruck bestanden. Im Weite- ren hielt der Gutachter fest, dass eine massive Einblutung ins linke Hüftgelenk, wie sie Dr. med. Beat Bornhauser gemäss seinem Schreiben vom 18. Oktober 2002 an die Beklagte festgestellt habe, nicht von blossen Auge festgestellt werden könne. Seines Erachtens würden auch die nach dem Unfall angefertig- ten Röntgenbilder vom 30. September 2002 und auch vom 17. Oktober 2002 keine Anhaltspunkte für eine solche Einblutung zeigen. Hierzu gelte es anzu- F.

E. 15

merken, dass das Vorliegen einer solchen Einblutung zwar eine Verletzung be- weisen könne, dass aber daraus nicht der Umkehrschluss gezogen werden dür- fe. Die Traumatisierung einer Hüftarthrose brauche keineswegs eine Einblutung zu verursachen. Gefragt, ob das vom Kläger geschilderte Ereignis vom 29. Sep- tember 2002 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einzige Ursache der Totalprothesenarthroplastik sei, meinte der Gutachter, dass der besagte Unfall insofern nicht einzige Ursache für die aufgeführte Totalprothesenarthroplastik sei, als ein gleicher Traumamechanismus bei gesundem Hüftgelenk mit Sicher- heit nicht den gleichen Verlauf genommen hätte (Gutachten S. 6). Objektiv- medizinische Daten betreffend der Dauer der Ausheilung von Traumafolgen gebe es keine. Die Erfahrung zeige, dass bei zunehmendem Arthrosegrad des

Gelenkes sich das Regenerationspotential verringere und die Chance für eine dauernde Verschlimmerung steige. Bei Vorfällen in denen es nur zu einer vorübergehenden Verschlimmerung komme, sei die Zeitspanne für die Abheilung der Unfallfolgen individuell sehr unterschiedlich (Gutachten Ziff. 4.1 ff. S. 5 ff.).

2.3.2. In seinem Ergänzungsgutachten vom 15. Februar 2006 hielt Dr. med. Thomas Perren nochmals fest, dass der massiv degenerative Vorzustand der Hüfte des Klägers bis zum Unfall vom 29. September 2002 weitgehend asymptomatisch gewesen sei. In dieser Situation vor dem Unfall sei eine Versorgung des Gelenkes mittels Totalprothesenarthroplastik sicherlich nicht notwendig gewesen, da ja offenbar kein Leidensdruck bestanden habe. Die Indikation zur Operation hänge wesentlich vom Leidensdruck ab. Dieser sei erst in der Folge des Ereignisses vom 29. September 2002 aufgekommen. Der degenerative Vorzustand stelle aber sicherlich eine *Conditio sine qua non* dar, was ja auch durch die Formulierung der Diagnose der "traumatisierten Coxarthrose" zum Ausdruck komme. Es brauche sowohl eine Hüftarthrose als auch ein Trauma, um die doch in der Folge recht starken Beschwerden des Klägers erklären zu können. Die Diagnose "der traumatisierten Coxarthrose" bringe ebenfalls zum Ausdruck, dass keine anderweitigen strukturellen Probleme im Bereich des Hüftgelenks hätten festgestellt werden können. Insbesondere habe kein Hinweis auf eine Fraktur oder Gelenksluxation etc. bestanden. Die im Gutachten erwähnte "Verschlimmerung" beziehe sich somit auch klar auf den sub-H.

E. 16

jektiven Zustand des Patienten. Objektive Zeichen einer "Verschlimmerung", sei es als zusätzliche Verletzung der Hüfte oder aber auch im Sinne von objektivierbaren Anzeichen einer traumatisierten Coxarthrose, lägen nicht vor (Ergänzungsgutachten Ziff. 1 S. 1 f.). Die Frage, ob der Unfall vom 29. September 2002 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einzige Ursache für die Totalprothesenarthroplastik sei, sei mit nein zu beantworten, in dem Sinne, dass der degenerative Vorzustand als eine *Conditio sine qua non* betrachtet werden könne. Ein Traumamechanismus auf ein Hüftgelenk, welches gesund und somit keine Arthrosezeichen aufweise, könne vielerlei Diagnosen und Verläufe nehmen, ausgenommen der gestellten Diagnose der "traumatisierten Coxarthrose". Hier sei der Vorzustand Bedingung. Welche Symptome und welcher zeitliche Verlauf bei gleichem Traumamechanismus auf ein gesundes Hüftgelenk aufzutreten wären, in der Annahme, dass keine Fraktur und keine Luxation zustande gekommen wäre, sei hypothetisch. Sicherlich aber hätte diese zu einer anderen Diagnose geführt, entweder in der Art einer Muskelzerrung oder einer Bänderzerrung. Bei diesen Verletzungen wäre die Prognose natürlich absolut gut gewesen und mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte ein Status quo ante erreicht werden können (Ergänzungsgutachten Ziff. 2 S. 2).

Die Frage, wann aus objektiv medizinischer Sicht die unmittelbar mit der Diagnose zusammenhängenden Beschwerden infolge des Unfalles vollständig ausgeheilt seien, auch wenn subjektiv noch Schmerzen geltend gemacht würden, mache keinen Sinn. Denn die Diagnose der "traumatisierten Coxarthrose" sei zustande gekommen durch das Vorliegen des weitgehend asymptomatischen degenerativen Hüftzustandes und des Unfallereignisses vom 29. September 2002. Bildgebend könne der degenerative Vorzustand, nicht aber objektivierbare Traumafolgen dokumentiert werden. Die mit der Diagnose zusammenhängenden Schmerzen seien subjektive Schmerzen. In der Literatur hätten darum keine klaren Angaben gefunden werden können, welche die Heilungsverläufe von

traumatisierten Coxarthrosen unter konservativer Therapie in einen zeitlichen Zusammenhang stellten und somit eine zeitliche Prognose erlauben würden. Zu viele Faktoren wie Schweregrad der Arthrose und des Traumas, Anforderungsprofil des Patienten, Alter etc. hätten einen entscheidenden Ein-

E. 17

fluss auf den Verlauf. Bei schwerem Arthrosegrad und Trauma beständen demnach schlechtere Aussichten auf die Beschwerderegredienz als bei einer geringen Arthrose und demselben Trauma (Ergänzungsgutachten Ziff. 3 S. 3). Aus orthopädischer Sicht liege heute ein einwandfreies Resultat nach Endoprothesenversorgung vor, was auch subjektiv bestätigt werde. In einer solchen Situation und auch aufgrund der anamnestisch bestätigten Sportfähigkeit sei weder in der Tätigkeit als Hochsee-Skipper noch als Inspektor auf Baustellen eine Arbeitsunfähigkeit oder Invalidität anzunehmen. Für die Langzeitprognose beständen zwar bekannterweise gewisse Risiken. Diese würden sich vorliegend nicht auswirken, solange sie nicht eingetreten seien. Bei der Hüftendoprothese sei heute mit sehr guten und stabilen Langzeitresultaten über 15 - 20 Jahre zu rechnen und somit bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass dem Kläger über das Rentenalter hinaus Probleme mit der Hüftarthroplastik erspart blieben. Auch sei die heutige berufliche Situation als sehr günstig einzuschätzen, da keine grosse körperliche Belastung mehr vorhanden sei (Ergänzungsgutachten Ziff. 2 ff. S. 4 f.).

2.4. Gemäss dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung würdigt das Gericht das Beweisergebnis nach freier Überzeugung und unabhängig von Regeln über den Wert von Beweismitteln. Dieser Grundsatz wird nicht durch Art. 8 ZGB geregelt, sondern ergibt sich nach traditioneller Anschauung aus dem kantonalen Prozessrecht, vorliegend aus Art. 139 ZPO, soweit nicht von Bundesrechts wegen die freie Beweiswürdigung vorgeschrieben ist. Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (BGE 125 V 351 Erw. 3a mit Hinweisen). Die Rechtsprechung hat es mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung dennoch als vereinbar erachtet, in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten Richtlinien für die Beweiswürdigung aufzustellen. So weicht der Richter bei Gerichtsgutachten nach der Praxis nicht

E. 18

ohne zwingende Gründe von der Einschätzung des medizinischen Experten ab, dessen Aufgabe es ist, seine Fachkenntnisse der Gerichtsbarkeit zur Verfügung zu stellen, um einen bestimmten Sachverhalt medizinisch zu erfassen. Ein Grund zum Abweichen kann vorliegen, wenn die Gerichtsexpertise widersprüchlich ist oder wenn ein vom Gericht eingeholtes Obergutachten in überzeugender Weise zu anderen Schlussfolgerungen gelangt (BGE 125 V 351 Erw. 3b mit Hinweisen).

2.5. Der Gutachter Dr. med. Thomas Perren verfügte aufgrund der selber vorgenommenen Untersuchung des Klägers am 14. Juli 2005 und der ihm zur Verfügung gestellten Verfahrensakten (worunter sich insbesondere auch die Röntgenbilder Beckenübersicht vom Juli 2001, September 2002, 17. Oktober und 27. November 2002 sowie vom 26. Februar

2003 befinden) über alle wesentlichen Angaben zur Abgabe einer fundierten fachärztlichen Stellungnahme. Das Gutachten inkl. Ergänzung kommt denn auch schlüssig daher und weist in den entscheidungswesentlichen Punkten keine Widersprüche auf. Es besteht seitens des Gerichts somit kein Grund, die darin gemachten Aussagen in Zweifel zu ziehen.

Gemäss Gutachten und Ergänzungsgutachten handelt es sich bei der Arthroseerkrankung um ein langsam zunehmendes, progredientes Leiden. Beim Kläger ist der Verlauf der Arthroseerkrankung durch die Röntgenaufnahmen von Dr. med. Martin Sigg vom 24. Juli 2001 und vom 30. September 2002 bildgebend dokumentiert. Aufgrund dieser Aufnahmen hält der Gutachter fest, dass die Arthrose im linken Hüftbereich des Klägers bereits im Juli 2001, also gut ein Jahr vor dem Unfall im September 2002, stark fortgeschritten war und die Erkrankung bis zum Nachttag des Unfallereignisses vom 29. September 2002 nochmals stark zunahm (Gutachten Ziff. 2.5 S. 3). Durch den Unfall wurde die zuvor weitgehend beschwerdefreie massive Coxarthrose symptomatisch. Der Gutachter führt aus, dass wenn bis zum Unfall vom 29. September 2002 von einer weitgehend beschwerdearmen Coxarthrose ausgegangen werden müsse, so könne der Unfall und das Einwirken einer äusseren Kraft auf ein schwer arthrotisch verändertes Gelenk nicht nur zu einer vorübergehenden E. H.

E. 19

Verschlimmerung führen, sondern sogar eine solche als dauernd und richtungsgebend beeinflussen (Gutachten Ziff. 4.5 S. 6). Vor der Operation verneint der Gutachter aufgrund des fehlenden Leidensdruckes des Klägers die Notwendigkeit der Hüftoperation. Diese drängte sich erst nach dem Unfall auf. Der Gutachter führt dazu aus, dass es sowohl eine Hüftarthrose als auch ein Trauma brauche, um die doch in der Folge recht starken Beschwerden des Patienten erklären zu können (Ergänzungsgutachten Ziff. 1 S. 1). Da die starken Schmerzen im Hüftbereich, welche schliesslich die aus medizinischer Sicht unbestrittene Operation erforderten, nach den Einschätzungen des Gutachters nur infolge des Zusammenspiels der vorbestehenden Arthrose und des Unfalls zu erklären sind, ist davon auszugehen, dass der Unfall mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Teilursache darstellt, mithin zwischen dem Unfall und den nachfolgend beklagten Schmerzen ein natürlicher Kausalzusammenhang zu sehen ist.

Aber auch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis vom 29. September 2002 zu den beklagten Schmerzen kann bejaht werden. Wie bereits erwähnt, sind nämlich gemäss den Ausführungen von Dr. med. Thomas Perren vorliegend keine Anhaltspunkte vorhanden, wonach die bereits vor dem Unfall bestehende beschwerdefreie Coxarthrose ohne das Ereignis vom 29. September 2002 symptomatisch geworden wäre (Gutachten Ziff. 3 S. 5). Allerdings kann das Unfallereignis nicht als einzige Ursache für die später ausgeführte Totalprothesenarthroplastik gesehen werden. Bedingung war vielmehr auch die unfallfremde und vorbestehende, bereits fortgeschrittene Arthrose (Ergänzungsgutachten Ziff. 1 S. 1). Da es nach Lehre und Rechtsprechung zum rechtserheblichen Kausalzusammenhang jedoch genügt, wenn eine Schadensursache – vorliegend das Unfallereignis vom 29. September 2002 – vorliegt, ohne die es nicht zum Schaden gekommen wäre, ist vorliegend der adäquate Kausalzusammenhang gegeben. Das Unfallereignis muss also nicht die ausschliessliche Ursache des eingetretenen Gesundheitsschadens sein. Es genügt, wenn es eine Teilursache, eine *conditio sine qua non*, für die Schädigung ist (ILERI, a.a.O., N. 17 zu Art. 88 VVG). Der degenerative

Vorzustand H.

E. 20

des Klägers vermag also den adäquaten Kausalzusammenhang weder zu unterbrechen noch auszuschliessen.

Es kann somit festgehalten werden, dass sowohl der natürliche als auch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis vom 29. September 2002 und den nachfolgend beklagten Hüftbeschwerden des Klägers und in der Folge ausgeführten Totalprothesenarthroplastik gegeben sind. Nachfolgend ist somit zu prüfen, inwiefern das vorbestehende Leiden des Klägers sowie die Intensität der Unfallursache für den Umfang der Haftpflichtansprüche bzw. hinsichtlich Bestand und Mass des Taggeldanspruches sowie der Invaliditätsentschädigung zu berücksichtigen sind.

3. – Der Kläger macht gestützt auf den mit der Beklagten abgeschlossenen Unfallversicherungsvertrag Previsia Maxi (Policen-Nr. 573.964) die Ausrichtung von Taggeldern geltend. Dabei verlangt er – nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist von 30 Tagen – für die Zeit vom 29. Oktober 2002 bis 15. März 2003 infolge 100 %iger Arbeitsunfähigkeit das vereinbarte Taggeld von Fr. 200.00 sowie ab 16. März 2003 bis 30 April 2003, als er noch zu 50 % arbeitsunfähig war, eines von Fr. 100.00. Insgesamt errechnet er so einen Taggeldanspruch von Fr. 31'600.00, wovon jedoch die von der Beklagten bereits geleistete Zahlung im Betrag von Fr. 8'384.40 in Abzug zu bringen ist. Somit resultiert ein vom Kläger errechneter Restanspruch von Fr. 23'215.60. Eine Leistungskürzung infolge des Vorzustandes sei nicht vorzunehmen. Art. 8.1 AVB halte für das Taggeld ohne Einschränkung fest, dass die Beklagte bei Arbeitsunfähigkeit die vereinbarten Taggelder während der ärztlich bestätigten Arbeitsunfähigkeit entrichte. Auch für die Heilungskosten werde unter Art. 10 AVG keine explizite Herabsetzung wegen eines Vorzustandes vorgesehen. Dabei handle es sich um ein qualifiziertes Schweigen, werde doch in Art. 7 AVB für das Invaliditätskapital ausdrücklich festgestellt, dass eine Kürzung wegen Vorzustandes vorzunehmen sei. Der Verzicht auf eine Leistungskürzung für Heilungskosten und Taggeld mache denn auch Sinn: Es handle sich um sofort fällige Leistungen – eine langwierige ärztliche Begutachtung über den Vorzustand.

E. 21

stand würde dem Sinn und dem Zweck dieser Anspruchsart widerspreche. Dem Verzicht auf Leistungskürzung wegen Vorzustandes dürfte denn auch Art. 36 Abs. 1 UVG nachgebildet sein; auch dort werde ein Vorzustand einzig beim Integritätskapital (vergleichbar mit dem Invaliditätskapital) berücksichtigt. An dieser Auslegung ändere Art. 13 AVB nichts. Diese Norm beziehe sich offensichtlich ausschliesslich auf das Invaliditätskapital, allenfalls noch auf das Todesfallkapital. Die Formulierung "der Betrag wird durch ein medizinisches Gutachten festgelegt" deute denn auch klar auf eine fixe Summe hin. Diese Voraussetzung sei nur beim Invaliditätskapital, evtl. dem Todesfallkapital erfüllt (Klage S. 10 f.).

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass, falls überhaupt Leistungen auszurichten wären, diese wegen unfallfremder Ursachen, in concreto des vorbestehenden Arthroseleidens, zu kürzen seien. Sie bestreitet die Ansicht des Klägers. Wie es der Titel der Bestimmung schon sage, regle Art. 13 AVB explizit die Handhabung unfallfremder Umstände bei einem Schadenfall. Dass sich diese Norm ausschliesslich auf das Invaliditätskapital, allenfalls noch auf das Todesfallkapital beziehen solle, sei nicht

einsehbar: Die Bestimmung nehme ausdrücklich eine Invalidität, ein Todesfall und drittens die Beeinträchtigung der Gesundheit ins Visier, und nicht etwa "eine Beeinträchtigung der Gesundheit durch Invalidität oder Todesfall" oder ähnliches. In diesen drei Fällen werde nur ein Teil der versicherten Leistung bezahlt. Dieses Ergebnis sei nicht stossend, weil eine Versicherung, die das Unfallrisiko abdecke, auch nur für den Teil beansprucht werden solle, der tatsächlich unfallbedingt sei. Gesundheitsschäden, welche nicht auf Unfall, sondern Krankheit zurückzuführen seien, verdienten in der Unfalltaggeldversicherung keinen Schutz. Art. 13 AVB sei demnach a priori die einschlägige Bestimmung, wenn unfallfremde Umstände – so explizit der Titel – im Spiel seien. Dass die Art. 8.1 und 10.1 AVB nicht auch nochmals explizit den von Art. 13 AVB erfassten Fall repetieren würden, könne nicht als qualifiziertes Schweigen betrachtet werden. Unbehilflich sei auch der Hinweis auf Art. 36 Abs. 1 UVG, weil Zusatzversicherungen nach VVG durchaus vom UVG abweichende Regelungen enthalten könnten (Rechtsantwort S. 8 f.)

E. 22

3.1. In einem ersten Schritt sind vorliegend die Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) zur Unfallversicherungspolice (KB 4) auszulegen, wollen offenbar beide Parteien diese Bestimmungen doch anders verstanden wissen.

3.1.1. Die allgemeinen Grundsätze über die Vertragsauslegung gelten auch für den Versicherungsvertrag, soweit das VVG keine Vorschriften über die Auslegung enthält. Art. 100 VVG verweist für den Fall, dass das VVG keine Vorschriften aufweist, auf das OR und damit auch auf die Einleitungsartikel zum ZGB. Massgebende Grundlage für die Auslegung von Versicherungsverträgen (AVB etc.) bildet daher Art. 2 Abs. 1 ZGB bzw. das Vertrauensprinzip. Dabei ist in erster Priorität der individuelle Vertragswille der Parteien zu eruieren. In den meisten Fällen ist im Zusammenhang mit der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ihr wirklicher Wille nicht mehr eruierbar. Dies gilt insbesondere für AVB, die in der Regel über eine sog. Globalübernahme in den Versicherungsvertrag integriert werden. Die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens erfolgt nach dem Vertrauensprinzip. Daraus folgt eine allgemeine und nicht nur auf Ausschlussbestimmungen bezogene Geltung der Unklarheitsregel. Im Vordergrund steht der Wortlaut einer AVB-Bestimmung (grammatikalische Auslegung), der in einen logischen Gesamtzusammenhang gestellt werden muss. Eine AVB-Bestimmung ist nach allgemeiner Lehre in dem Sinne ausulegen, wie sie der Versicherungsnehmer verstanden hat und nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, der Verkehrssitte sowie Treu und Glauben verstanden durfte. Die Auslegung hat sich nach objektiven Kriterien der Vernunft und der Korrektheit zu richten (Moritz W. KUHN/R. Luka MÜLLER-STUDER/ Martin K. ECKERT, Privatversicherungsrecht, 2. Auflage, Zürich 2002, § 30 Ziff. I ff. S. 170 ff.).

3.1.2. Zwischen den Parteien umstritten ist insbesondere die Bedeutung von Art. 13 AVB bzw. die Frage, ob sich diese Bestimmung lediglich auf die Invaliditätsentschädigung oder auch auf das in Art. 8 f. AVB geregelte Taggeld bezieht. Hinsichtlich dieser Bestimmungen ist somit im Folgenden zu klären, wie diese der Kläger als Versicherungsnehmer verstanden hat und vernünftigerweise verstehen durfte bzw. verstehen musste.

E. 23

In Art. 8 AVB ist geregelt, dass die Assura S.A. (Beklagte) im Falle einer vorübergehenden vollständigen Arbeitsunfähigkeit während der Dauer der ärztlich bestätigten

Arbeitsunfähigkeit für jeden Tag des Jahres die vereinbarte Taggeldversicherung bezahlt (Art. 8.1 AVB). Im Falle einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit beschränkt sich die Taggeldversicherung auf den Betrag, welcher dem Grad der Arbeitsfähigkeit entspricht (Art. 8.2 AVB). Von einer allfälligen Reduktion oder Leistungskürzung ist bei den Bestimmungen zum Taggeld keine Rede. Art. 7 AVB, welcher die Invaliditätsentschädigung betrifft, hält demgegenüber fest, dass, wenn die durch den Unfall betroffenen Körperteile bereits vor dem Unfall teilweise oder vollständig verloren oder gebrauchsunfähig gewesen seien, der Invaliditätsgrad nach Abzug des vorbestehenden Invaliditätsgrades festgesetzt werde (Art. 7.3 AVB). Art. 13 AVB regelt die Frage, welchen Einfluss Umstände haben, die nicht auf den Unfall zurückzuführen sind. Er lautet wörtlich wie folgt: "Ist der Unfall nur teilweise die Ursache für eine Beeinträchtigung der Gesundheit, eine Invalidität oder einen Todesfall, wird nur ein Teil der versicherten Leistungen ausbezahlt. Der Betrag wird durch ein medizinisches Gutachten festgelegt". Der Kläger geht von einem qualifizierten Schweigen aus, d.h. er ist der Meinung, dass bei der Regelung des Taggeldes (Art. 8 AVB) ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Kürzung verzichtet worden sei, während sie bei der Invaliditätsentschädigung in die Bestimmung (Art. 7 AVB) Eingang gefunden habe.

Betrachtet man die AVB (KB 4) als Ganzes, so kann man erkennen, dass diese insgesamt in 6 Unterabschnitte aufgeteilt sind. Diese einzelnen Unterabschnitte sind namentlich der Versicherungsbereich (Art. 1-5), Versicherte Leistungen (Art. 6-11), Schadensfälle (Art. 12-14), Beginn, Dauer und Erlöschen der Versicherung (Art. 15-17), Prämien (Art. 18-21) und Abschliessende Bestimmungen (Art. 22-24). Mit Blick auf die umstrittene Leistungskürzung kann somit gesagt werden, dass die versicherten Leistungen, d.h. insbesondere die Invaliditätsentschädigung und das Taggeld in einem eigenen Abschnitt geregelt sind, während die Möglichkeit der Leistungskürzung gemäss Art. 13 AVB in einem anderen Abschnitt, nämlich jenen mit dem Titel „Schadensfälle“ geregelt ist, welcher sich wohl auf alle versicherten Leistungen beziehen muss und nicht A.

E. 24

bloss auf die Invaliditätsentschädigung. Es ist also bereits aufgrund der Unterteilung der AVB davon auszugehen, dass Art. 13 AVB auf sämtliche versicherten Leistungen anwendbar ist, d.h. auch auf das Taggeld und damit auf Art. 8 AVB. Im Übrigen enthält Art. 7 AVB im Gegensatz zu Art. 13 AVB gar keine Leistungskürzung, sondern klärt, wie der Invaliditätsgrad festgesetzt wird, nämlich nach Abzug des vorbestehenden Invaliditätsgrades. Art. 13 AVB regelt dagegen generell die Leistungskürzung, indem versicherte Leistungen nur zum Teil ausbezahlt werden, wenn der Unfall nur teilweise Ursache für die Beeinträchtigung der Gesundheit war. Die beiden Regelungen (Art. 7 und Art. 13 AVB) sind also klar unterscheidbar. Bei Art. 7 AVB wird im Rahmen der Gliedersteuer geregelt, wie der Invaliditätsgrad festzusetzen ist, auf Grund dessen das Invaliditätskapital berechnet wird, wogegen Art. 13 AVB generell festhält, dass die versicherte Leistung gekürzt wird, wenn der Unfall nur teilweise Ursache der Beeinträchtigung ist. Eine Leistungskürzung der versicherten Leistung findet also dann statt, wenn andere Ursachen mitgewirkt haben. Mit anderen Worten stellt Art. 7 AVB vielmehr eine Ausnahme von Art. 13 AVB dar, indem die vorbestehenden Körperschäden bereits bei der Festsetzung des Invaliditätskapitals berücksichtigt werden, und somit eine Kürzung der Leistung nach Art. 13 AVB aus demselben Grund nicht mehr erfolgen muss und kann.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass Art. 13 AVB seines Sinnes entleert würde, wäre er nicht auch auf das Taggeld anwendbar. Dies muss jedem Versicherungsnehmer klar sein, steht doch diese Bestimmung im Abschnitt über die Schadensfälle, welcher sich logischerweise auf sämtliche Versicherungsleistungen beziehen muss. Der Kläger musste also davon ausgehen, dass sämtliche Versicherungsleistungen – auch das Taggeld – aufgrund von Art. 13 AVB gekürzt werden können, falls ein Unfall nicht die einzige Ursache für eine Beeinträchtigung der Gesundheit, eine Invalidität oder einen Todesfall ist.

3.2. Wie bereits weiter vorne ausgeführt, erlaubt das Haftpflichtrecht eine Berücksichtigung unfallfremder Ursachen eines Schadens im Rahmen der Schadenersatzbemessung (vgl. Ausführungen unter Ziff. 2.2.2.).

E. 25

Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände des Einzelfalles als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat (Art. 43 Abs. 1 OR). Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden (Art. 44 Abs. 1 OR). Die Anwendungsbereiche von Art. 43 und 44 OR liegen nahe beieinander. Wie Art. 43 OR weist auch Art. 44 Abs. 1 OR auf Umstände als Gründe für die Herabsetzung des Schadenersatzes hin. Bei Art. 44 Abs. 1 OR geht es um Umstände, die in der Sphäre des Geschädigten liegen. Eine konstitutionelle Prädisposition, die sich auch ohne das schädigende Ereignis ausgewirkt hätte, ist bei der Schadensberechnung gemäss Art. 42 OR zu berücksichtigen. Wäre der Schaden dagegen ohne den Unfall voraussichtlich überhaupt nicht eingetreten, so bleibt der Haftpflichtige dafür auch dann voll verantwortlich, wenn der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat. Dem Anteil der Prädisposition kann in diesem Fall im Rahmen von Art. 44 OR Rechnung getragen werden (BGE 4C.402/2006 vom

E. 27

türlich absolut gut gewesen und mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte ein Status quo ante erreicht werden können (Gutachten Ziff. 3 S. 4 f., Ziff. 4.5 und 4.7 S. 6; Ergänzungsgutachten Ziff. 1 und 2 S. 1 f.). Bei einer traumatisierten Coxarthrose mit starken belastungsabhängigen Beschwerden in der Hüfte sei die Teilinvalidität mit maximal 60 % zu bemessen (entsprechend einem Verlust/vollständige Gebrauchsunfähigkeit eines Beines oberhalb des Kniegelenkes). Wie gesagt beinhalte die Diagnose allerdings den degenerativen Vorzustand als *Conditio sine qua non* und das frisch einwirkende traumatische Ereignis, welche beide zum vorliegenden Ereignis beigetragen hätten. Im vorliegenden Fall sei die Hüftarthrose vor dem Unfallereignis bereits erheblich gewesen, was zu berücksichtigen sei (Ergänzungsgutachten Ziff. 1 S. 4). Wie der Gutachter also ausführte, wären die Unfallfolgen beim Kläger ohne den degenerativen Vorzustand, d.h. die vorbestehende asymptomatische Hüftarthrose, nicht derart gravierend ausgefallen. Vielmehr wäre lediglich mit einer Muskel- oder Bänderzerrung zu rechnen gewesen, welche höchstwahrscheinlich lediglich eine vorübergehende jedoch keine bleibende Beeinträchtigung mit sich gebracht hätte. Somit ist folglich zu berücksichtigen, dass die

Hüftarthrose bereits vor dem Unfallereignis in erheblichem Umfang bestanden hatte.

Weiter zur berücksichtigen ist auch der Umstand, dass es sich beim vor- liegend zu beurteilenden Unfallereignis vom 29. September 2002 um einen Ba- gatellunfall handelt, kam es gemäss Unfallerkklärung nicht einmal zu einem Sturz sondern "fiel" der Kläger gemäss eigenen Angaben "3/4 um" (BB 4). Nach dem Unfallereignis gab es denn auch keinen Hinweis für eine Fraktur oder eine Gelenksluxation. Die "Verschlimmerung" bezog sich einzig auf den subjektiven Zustand des Patienten. Eine traumabedingte Veränderung der Hüftarthrose konnte nicht festgestellt werden (Ergänzungsgutachten Ziff. 1 S. 2). Dass es sich beim Unfallereignis vom 29. September 2002 lediglich um einen Bagatell- unfall gehandelt hat, hat im Übrigen auch das Obergericht Nidwalden in seinem Begleitschreiben vom 12. Februar 2007 zum Urteilsdispositiv vom 25. Januar 2007 (ZG 06 42) ausdrücklich festgehalten, schrieb es dort doch von einer ge- ringen Intensität der Unfallursache bzw. einem Bagatellunfall.

E. 28

Geht man also davon aus, dass vorwiegend unfallfremde Faktoren – nämlich die unbestrittenermassen vorbestehende Hüftarthrose – zur Hüftopera- tion führte, so stellt sich in einem nächsten Schritt die Frage, um wie viel das Unfalltaggeld des Klägers aufgrund dieser unfallfremden Faktoren zu kürzen ist. In BGE 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, bei dem es ebenfalls um die Herabsetzung des Schadenersatzes ging. Beim dort zu beurteilenden Unfallereignis handelte es sich um einen Auf- fahrnfall, bei dem die Lenkerin des hinteren Fahrzeuges auf das Fahrzeug der Klägerin auffuhr und dieses mit einer Geschwindigkeitsänderung von 4-6 km/h nach vorne bewegte. Das Bundesgericht beurteilte diesen Unfall – gestützt auf ein Gutachten – als bagatellären Unfall ohne Kopfanprall oder Bewusstlosigkeit der Klägerin. Vergleicht man jenes Unfallereignis mit dem vorliegend zu beurtei- lenden, wo der Kläger über seinen Hund gestolpert ist, so kann auch hier von einem Bagatellunfall gesprochen werden. In jenem Bundesgerichtsurteil wurde der Schadenersatz der Klägerin um zwei Drittel gekürzt, da dort überwiegend unfallfremde Faktoren für die Symptomatik kausal waren. Auch vorliegend ist überwiegend von unfallfremden Faktoren auszugehen, welche zu den Be- schwerden des Klägers geführt haben. Es liegt ein vorbestehendes Arthroselei- den vor, welches sich über kurz oder lang auch ohne das schädigende Ereignis – also das Stolpern über den Hund – ausgewirkt hätte. Überdies handelt es sich, wie bereits erwähnt, um einen Bagatellunfall. Eine Kürzung des Taggeldes um 2/3 aufgrund unfallfremder Ursachen – in casu vorbestehendes Arthroselei- den – erscheint daher vorliegend angezeigt und gerechtfertigt.

3.2.3. Wie bereits ausgeführt, würde das Unfalltaggeld des Klägers Fr. 31'600.00 betragen. Kürzt man diesen Betrag nun um 2/3, so beträgt er noch Fr. 10'533.35. Davon in Abzug zu bringen ist noch die von der Beklagten unbestrittenermassen bereits geleistete Anzahlung im Betrag von Fr. 8'384.40. Somit ergibt sich ein restlicher Anspruch des Klägers an Unfalltaggeld von Fr. 2'148.95.

E. 29

4. – Der Kläger verlangt weiter die Ausrichtung einer Invaliditätsent- schädigung im Betrag von Fr. 90'000.00. Der Kläger habe sich eine Totalpro- thesenarthroplastik am linken Hüftgelenk einbauen lassen müssen. Gemäss Art. 7.3 AVB werde bei Teilinvalidität der Invaliditätsgrad nach Prozenten im Verhältnis zur Vollinvalidität festgelegt. Aufgeführt

werde der Verlust oder die vollständige Gebrauchsunfähigkeit einzelner Glieder; das Invaliditätskapital sei somit nach der Gliederskala nach AVB zu bemessen. Der Verlust eines Beines oberhalb des Kniegelenkes entspreche 60 %, eine Hüftgelenkprothese entspreche nach medizinischen Erfahrungswerten in etwa der Hälfte der vollständigen Gebrauchsunfähigkeit. Diese Einschätzung korrespondiere auch mit der Integritätsentschädigungstabelle der SUVA, wonach die völlige Gebrauchsunfähigkeit eines Beines mit 50 % eingesetzt werde, für die Versteifung des Hüftgelenkes resultierten Werte zwischen 25 % und 40 %. Gemäss AVB Variante I resultiere bei einem Invaliditätsgrad des Klägers von 30 % ein Invaliditätskapital von 40 %, somit Fr. 120'000.00. Für die Feststellung des Invaliditätskapitals komme Art. 13 AVB zum Tragen; danach sei der Vorzustand entsprechend zu berücksichtigen. Das ergebe sich auch aus Art. 7.3. AVB. Ermessensweise werde für den Vorzustand ein Abzug von 25 % vorgenommen, was zu einem Invaliditätsanspruch von Fr. 90'000.00 führe (Klage S. 11 ff.).

Die Beklagte bringt dagegen vor, es werde bestritten, dass die Totalprothesenarthroplastik Folge des Unfallereignisses vom 29. September 2002 gewesen sei. Zutreffend sei, dass ein allfälliges Invaliditätskapital nach der Gliederskala nach AVB zu bemessen sei. Hingegen sei noch zu beweisen, dass in casu das erfolgreiche und komplikationslose Implantat der Hüftprothese tatsächlich den Verlust oder die vollständige Gebrauchsunfähigkeit eines Gliedes zur Folge habe. Es werde bestritten, dass eine Hüftgelenkprothese in etwa der Hälfte der Gebrauchsunfähigkeit entspreche (Klageantwort S. 10 f.).

4.1. Art. 88 Abs. 1 VVG, der gemäss Art. 98 Abs. 1 VVG nicht zu Ungunsten des Versicherungsnehmers oder Anspruchsberechtigten abgeändert werden darf, lautet: "Wird infolge eines Unfalles die Erwerbsfähigkeit des Versicherten voraussichtlich bleibend beeinträchtigt, so ist die Entschädigung, sobald

E. 30

die voraussichtlich dauernden Unfallfolgen feststehen, auf Grundlage der für den Fall der Invalidität versicherten Summe in Form der Kapitalabfindung auszurichten. ...". Der Begriff der Invalidität dieser Bestimmung umfasst jene dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, die sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirkt. Nicht erforderlich ist allerdings, dass der Versicherte als Folge des Unfalles tatsächlich einen wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Gemeint ist vielmehr eine Erwerbsunfähigkeit im theoretischen, abstrakten Sinn, die für Durchschnittsfälle, ohne Berücksichtigung des Berufes des Versicherten und der konkreten Umstände, ermittelt wird. Der Vertrag legt die Grundsätze fest, die für die Bemessung dieser Invalidität massgebend sind. Er enthält meistens eine sog. Gliedertaxe, welche auf medizinisch-theoretischen Schätzungen, d.h. auf Durchschnittswerten, aufgebaut ist und kasuistisch bestimmte Tatbestände der Ganz- oder Teilinvalidität regelt. Die Gliedertaxe berücksichtigt nicht, ob und wie stark sich die Invalidität im Beruf des Invaliden auswirkt und ob er wegen seiner Invalidität einen Schaden erleidet, sei es durch Mehrauslagen oder in Form einer Erwerbseinbusse. Nun bleibt es allerdings den Vertragsparteien unbenommen, vertraglich eine konkrete Bemessungsart, etwa die Berücksichtigung des tatsächlich eingetretenen wirtschaftlichen Schadens nach den Grundsätzen des Privathaftpflichtrechts vorzusehen (BGE 127 III 102 Erw. 2a).

4.1.1. Gemäss Art. 7.1 AVB bezahlt die AGF Phenix Versicherungen (Nebenintervenientin) das Invaliditätskapital aus, wenn ein Unfall innerhalb von 5 Jahren ab dem Zeitpunkt des

Unfalles eine als bleibend eingestufte Invalidität hervorruft. Eine Vollinvalidität wird angenommen, wenn jede Berufsausübung wegen einem der aufgezählten Gründe nicht mehr möglich ist. Was die Berechnung und Einforderung des Invaliditätskapital anbelangt, so ermittelt sich dieses bei einer Teilinvalidität nach der in Art. 7.3 AVB aufgeführten Gliedertabelle. Dieser zufolge wird der Invaliditätsgrad bei Teilinvalidität nach Prozenten im Verhältnis zur Vollinvalidität festgelegt. Bei nur teilweisem Verlust oder Gebrauchsunfähigkeit wird der Invaliditätsgrad entsprechend herabgesetzt (vgl. Art. 7.3 AVB [KB 4]). Im vorliegenden Fall wird also im Versicherungsvertrag nicht einfach auf die individuelle konkrete Erwerbsunfähigkeit des Versicherten abgestellt. Vielmehr sind nach der Gliedertaxe für bestimmte Fälle von B.

E. 31

Teilinvalidität bestimmte Versicherungsleistungen (d.h. bestimmte Prozente des gesamten Invaliditätskapitals) vereinbart worden (Art. 7.3 AVB). Allerdings kann man erkennen, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers in der Tabelle nirgendwo zu finden sind. Für diese Fälle ist in den AVB folgende Regelung vorgesehen: Bei den nicht erwähnten Fällen wird der Invaliditätsgrad durch den Arzt unter Berücksichtigung des Berufs des Versicherten und der erwähnten Prozentsätze festgesetzt. Weiter heisst es, dass der Invaliditätsgrad nach Abzug des vorbestandenen Invaliditätsgrades, nach den vorerwähnten Prinzipien festgesetzt wird, wenn die durch den Unfall betroffenen Körperteile bereits vor dem Unfall teilweise oder vollständig verloren oder gebrauchsunfähig waren (vgl. Art. 7.3 AVB [KB 4]). Art. 13 AVB, von dem bereits die Rede war, hält dazu überdies fest, dass nur ein Teil der versicherten Leistungen ausbezahlt wird, wenn der Unfall nur teilweise Ursache für eine Beeinträchtigung der Gesundheit, eine Invalidität oder einen Todesfall ist.

4.1.2. Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Parteien im konkreten Vertrag (KB 4) eine Schaden- oder Summenversicherung vereinbart haben. Wie oben ausgeführt, können die Parteien nämlich im Rahmen der Personenversicherung vereinbaren, dass der tatsächlich eingetretene wirtschaftliche Schaden zu berücksichtigen ist (vgl. dazu Ausführungen unter Ziff. 4.4.1.).

Zwar ist in den AVB (KB 4) von der Berücksichtigung des Berufes die Rede. So heisst es in Art. 7.3 Unterabsatz 5 AVB, dass der Invaliditätsgrad bei den nicht erwähnten Fällen durch den Arzt unter Berücksichtigung des Berufes des Versicherten und der erwähnten Prozentsätze festzusetzen ist. Bei den in der Gliedertabelle nicht erwähnten Fällen hat also die Ermittlung des Invaliditätsgrades durch den Arzt im Sinne einer Ergänzung der Gliedertabelle zu erfolgen. Das heisst also, dass der Invaliditätsgrad auch bei den nicht erwähnten Fällen medizinisch-theoretisch festzustellen ist, ohne Berücksichtigung der Auswirkungen auf die tatsächliche Erwerbsfähigkeit des Versicherten. Somit ist nicht der tatsächliche wirtschaftliche Schaden zu ersetzen. Da es sich vorliegend auch in diesen Fällen um eine Summenversicherung handelt, ist unabhängig davon, ob ein wirtschaftlicher Schaden vorliegt, daher die zum Voraus

E. 32

vereinbarte Summe zu zahlen, da ein Unfall eingetreten ist. Zu klären bleibt damit, von welchem Invaliditätsgrad des Klägers vorliegend auszugehen ist.

4.1.3. Dr. med. Thomas Perren führt in seinem Ergänzungsgutachten aus, dass die Teilinvalidität bei einer traumatisierten Coxarthrose mit starken belastungsabhängigen

Beschwerden in der Hüfte mit maximal 60 % zu bemessen sei, entsprechend einem Verlust oder einer vollständigen Gebrauchsunfähigkeit eines Beines oberhalb des Kniegelenkes. Auf die Frage, ob sich die prozentuale Einschätzung analog der SUVA-Integritätstabelle 5 (Revision 2000), vergleichbar einer "Endoprothese guter Erfolg" nach Coxarthrose einschätzen lasse, antwortete der Gutachter, dies sei an sich anzunehmen. Aus orthopädischer Sicht liege heute ein einwandfreies Resultat nach Endoprothesenversorgung vor, was auch subjektiv bestätigt werde. Entsprechend sei der Integritätsschaden effektiv mit der Position "Endoprothese guter Erfolg" bei Coxarthrose zu bemessen (Ergänzungsgutachten Ziff. 1 f. S. 4). Gemäss der SUVA-Integritätstabelle 5 (Revision 2000) resultiert bei "Endoprothese guter Erfolg" nach Coxarthrose ein Integritätsschaden von 20 % (zu finden im Internet unter: http://www.henet.ch/wizard/ie_tabellen/05d.pdf). Die Frage, welcher prozentuale Invaliditätsgrad seiner medizinischen Einschätzung nach resultiere, wenn der gute Erfolg der Endoprothese mitberücksichtigt werde, also ausgehend vom korrigierten Zustand, beantwortete Dr. med. Thomas Perren dahingehend, dass er in der aktuellen Situation sowohl für die Tätigkeit des Klägers als Hochseeskipper als auch als Inspektor auf Baustellen keine Invalidität sehe. Bei der Hüftendoprothese sei heute mit sehr guten und stabilen Langzeitresultaten über 15 bis 20 Jahre zu rechnen. In der aktuellen Situation sehe er keinen Anlass für eine ärztliche Attestation von Arbeitsunfähigkeit und sofern auch keine solche von anderer Seite vorhanden sei, sei keine Invalidität anzunehmen. Das Abschätzen der Invalidität entspreche allerdings nicht einer rein ärztlichen Aufgabe, da dabei in Abhängigkeit vom Arbeitsmarkt überprüft werden müsse, ob in erwerblicher Hinsicht Nachteile entstanden seien (Ergänzungsgutachten Ziff. 3 S. 4).

H. H.

E. 33

Der Gutachter führt also aus, die Teilinvalidität sei mit maximal 60 % zu bemessen, entsprechend dem Verlust bzw. der vollständigen Gebrauchsunfähigkeit eines Beines oberhalb des Kniegelenkes. Dass der Kläger keinen Verlust bzw. keine vollständige Gebrauchsunfähigkeit des Beines oberhalb des Kniegelenkes sondern lediglich einen teilweisen Verlust oder Gebrauchsfähigkeit zu beklagen hat, ist unbestritten. So ist er denn auch mit der heutigen Situation weitgehend zufrieden. In seiner Tätigkeit als Coach, Baugutachter und juristischer Mediator besteht keinerlei Einschränkung und im Alltag ist er beschwerdefrei. Auch Freizeitsport wie alpiner Skilauf, Schwimmen und Fahrradfahren sind problemlos möglich. Erhöhte Anforderungen an die Gangsicherheit (Segelschiff, Inspektionen von Baustellen) werden vermieden (vgl. Gutachten Ziff. 4.1 S. 5). Der vom Gutachter angeführte Richtwert von 60 % ist demnach aufgrund des lediglich teilweisen Verlustes bzw. der teilweisen Gebrauchsunfähigkeit des Beines oberhalb des Kniegelenkes entsprechend herabzusetzen. Der Gutachter ist dabei davon ausgegangen, der Integritätsschaden sei effektiv mit der Position "Endoprothese guter Erfolg" bei Coxarthrose zu bemessen, d.h. im Umfang von 20 %. Dies kommt der Meinung des Klägers nahe, welcher selber von einem Invaliditätsgrad von 30 % ausgeht (Klage Ziff. 17 S. 13). Der vom Gutachter angeführte Invaliditätsgrad von 20 % erscheint somit nachvollziehbar und gerechtfertigt. Demnach ist auf die Ausführungen des Gutachter abzustellen. Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass beim Kläger von einem Invaliditätsgrad von 20 % auszugehen ist.

4.2. Wie auch das Unfalltaggeld, kann auch die Integritätsentschädigung aufgrund eines vorbestehenden Leidens bzw. unfallfremder Faktoren gekürzt werden. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen unter Ziffer 2.2.2. und 3.2. verwiesen werden. Auch für die Feststellung des Invaliditätskapitals kommt Art. 13 AVB zum Tragen. Danach ist der Vorzustand entsprechend zu berücksichtigen. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 7.3 Unterabsatz 6 AVB. Auch für die Höhe der Kürzung kann auf die entsprechenden Ausführungen bei der Kürzung des Unfalltaggeldes verwiesen werden (vgl. Ziff. 3.2.2.). Entsprechend erscheint auch hier eine Kürzung um 2/3 als angezeigt und den Umständen angemessen.

E. 34

4.2.1. Das zwischen den Parteien vereinbarte Invaliditätskapital beträgt unbestrittenermassen Fr. 300'000.00. Gemäss Art. 7.3. Unterabsatz 7 AVB wird das Invaliditätskapital nach der dort aufgelisteten Skala bestimmt. Da der Kläger im Zeitpunkt des Unfalles das Alter von 65 Jahren noch nicht erreicht hatte, ist Variante I anwendbar. Bei einem Invaliditätsgrad von 20 % resultiert dabei ein Invaliditätskapital von 20 % der vereinbarten Summe, somit Fr. 60'000.00. Dieser Betrag ist nun um 2/3 zu kürzen. Der Kläger hat demnach einen Anspruch auf eine Invaliditätsentschädigung im Betrag von Fr. 20'000.00.

5. – Der Kläger verlangt auf den von ihm eingeklagten Betrag von Fr. 113'215.60 einen Zins von 5 % auf Fr. 23'215.60 (Taggeld) seit mittlerem Verfall am 1. Februar 2003 und auf Fr. 90'000.00 (Invaliditätskapital) seit 1. Mai 2003.

5.1. Zum Schaden gehört nach konstanter Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zur Zahlung des Schadenersatzes. Dieser Schadenszins zweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tag der unerlaubten Handlung bzw. für deren wirtschaftliche Auswirkungen mit deren Entstehung befriedigt worden wäre. Er setzt im Gegensatz zum Verzugszins weder eine Mahnung des Gläubigers noch den Verzug des Schuldners voraus, erfüllt jedoch denselben Zweck. Er soll den Nachteil ausgleichen, der dadurch entsteht, dass ein Kapital nicht genutzt werden kann (BGE 4C.222/2004 vom 14. September 2004 Erw. 9.1 mit weiteren Hinweisen). Bei periodisch anfallendem Schaden rechtfertigt sich aus Praktikabilitätsgründen, einen mittleren Verfall anzunehmen, soweit die Schadenshöhe konstant bleibt, oder den Verfalltag aufgrund der gewichteten Schadenshöhe festzulegen (BGE 4C.222/2004 vom 14. September 2004 Erw. 9.5). Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung beträgt der Schadenszins 5 % (BGE 122 III 54 Erw. 4b mit Hinweisen).

E. 35

5.2. Für den Taggeldanspruch macht der Kläger einen Zins ab mittlerem Verfall am 1. Februar 2003 geltend. Im vorliegenden Fall bemisst sich der Anspruch auf das Unfalltaggeld vom Zeitpunkt nach Ablauf der 30-tägigen Sperrfrist nach dem Unfallereignis vom 29. September 2002 an, d.h. vom 29. Oktober 2002, bis zur Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit am 1. Mai 2003. Der von der Beklagten noch zu bezahlende Restbetrag aus Unfalltaggeld von Fr. 2'148.95 ist auf den mittleren Verfall ab 1. Februar 2003 zu verzinsen. Der Schadenszins betreffend die Invaliditätsentschädigung ist ab dem 1. Mai 2003 geschuldet, dem Tag, ab welchem dem Kläger kein Taggeld mehr ausbezahlt wurde und er wieder als erwerbsfähig galt.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Beklagte dem Kläger auf den Betrag von Fr. 2'148.95 aus Unfalltaggeld einen Zins von 5 % ab dem 1. Februar 2003 (mittlerer Verfall) sowie auf die Integritätsentschädigung im Betrag von Fr. 20'000.00 einen Zins von 5 % ab dem 1. Mai 2003 zu bezahlen hat.

6. – Gemäss Art. 99 Abs. 1 ZPO werden den Parteien die Gerichtskosten im Verhältnis ihres Unterliegens auferlegt.

6.1. Im Kostenpunkt beruft sich der Kläger auf alt Art. 47 Abs. 2 und 3 bzw. auf Art. 85 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01) und macht geltend, den Parteien seien vorliegend keine Verfahrenskosten aufzulegen (Klage Ziff. 4 S. 3).

Gemäss Art. 85 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 VAG dürfen den Parteien aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Krankenversicherungsgesetz (KVG) keine Verfahrenskosten auferlegt werden. Unter den Begriff der Krankenzusatzversicherung fallen diejenigen Versicherungsprodukte, die in Ergänzung zur sozialen Krankenversicherung angeboten werden. Vorliegend macht der Kläger jedoch Leistungen gestützt auf die bei der Beklagten

E. 36

abgeschlossene Unfallzusatzversicherung geltend. Wieso diese Unfallzusatzversicherung eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung darstellen soll, wird vom Kläger, der im Übrigen den von der Prozessleitung bei ihm einverlangten Gerichtskosten-Vorschuss widerspruchlos geleistet hatte, nicht näher dargelegt, und eine solche Schlussfolgerung kann auch aufgrund der Akten nicht gezogen werden. Folglich ist auch das vorliegende Verfahren, wie es im Zivilprozess der Regelfall darstellt, kostenpflichtig.

6.2. Wie erwähnt, werden den Parteien die Gerichtskosten im Verhältnis ihres Unterliegens auferlegt (Art. 99 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten betragen in Anwendung der §§ 4 Abs. 1, 14, 37 und 38 der Prozesskostenverordnung (PKoV, NG. 261.11) Fr. 4'934.95 (Gerichtsgebühr Fr. 2'800.00, Schreibgebühr Fr. 60.00 und Auslagen Fr. 2'074.95 [inkl. Gutachten Fr. 1'919.95]) ohne vollständige Ausfertigung des Entscheides. Der Kläger ist mit seinen Klagebehauptungen gegen die Beklagten zu rund 4/5 unterlegen. Demnach gehen die Gerichtskosten von Fr. 4'934.95 ausgangsgemäss zu 4/5 bzw. im Betrag von Fr. 3'947.95 zu Lasten des Klägers sowie zu 1/5 bzw. im Betrag von Fr. 987.00 zu Lasten der Beklagten.

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 20. August 2007 und der Kläger mit Schreiben vom 24. August 2007 die vollständige Ausfertigung des Entscheides verlangt. Somit werden ihnen die entsprechenden Mehrkosten von Fr. 1'532.00 (Gerichtsgebühr Fr. 700.00, zusätzliche Schreibgebühr Fr. 600.00 und zusätzliche Auslagen Fr. 232.00) je hälftig überbunden (§ 8a PKoV). Die vom Kläger zu tragenden Gerichtskosten betragen somit gesamthaft Fr. 4'713.95 (Fr. 3'947.95 + Fr. 766.00) und werden dem von ihm geleisteten Gerichtskosten-Vorschuss von Fr. 7'000.00 entnommen und sind bezahlt. Die von der Beklagten zu tragenden Gerichtskosten betragen gesamthaft Fr. 1'753.00 (Fr. 987.00 + Fr. 766.00) und werden dem von ihr geleisteten Gerichtskosten-Vorschuss von Fr. 3'000.00 entnommen und sind ebenfalls bezahlt.

E. 37

Die Gerichtskasse Nidwalden wird angewiesen, dem Kläger die Vorschussrestanz von Fr. 2'286.05 und der Beklagten die Vorschussrestanz von Fr. 1'247.00 zurückzuerstatten.

7. – Die Parteien sind nach Art. 99 Abs. 1 ZPO ebenfalls verpflichtet, den Gegner im Verhältnis ihres Unterliegens zu entschädigen.

7.1. Die Parteienschädigung wird nach den Gebührenvorschriften berechnet (Art. 93 ZPO). Bei einem Streitwert zwischen Fr. 100'000.00 bis Fr. 200'000.00 beträgt die ordentliche Anwaltsgebühr Fr. 4'000.00 bis Fr. 10'000.00 (§ 53 Abs. 1 PKoV). Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der in dieser Verordnung vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (§ 45 Abs. 1 PKoV).

7.2. Der Rechtsvertreter des Klägers, Dr. iur. Bruno Häfliger, beantragte anlässlich der Verhandlung vor dem Kantonsgericht Nidwalden vom 17. Mai 2006, dass die ausserrechtlichen Kosten nach Ermessen des Gerichtes festzulegen seien (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 3). Unterlässt der Anwalt die Einreichung seiner Kostennote, wird die Kostenvergütung an die Gegenpartei nach richterlichem Ermessen festgesetzt (§ 50 Abs. 3 PKoV). In Anbetracht der vor genannten Grundsätze wird das Honorar des klägerischen Rechtsvertreters auf Fr. 7'747.20 (Honorar Fr. 7'000.00, Auslagen Fr. 200.00 und Mehrwertsteuer Fr. 547.20) festgesetzt.

Die Kosten einer rechtlich nicht vertretenen Partei umfassen die notwendigen Auslagen, insbesondere die Reisekosten und eine Entschädigung für jedes notwendige Erscheinen vor einer Untersuchungs- oder Gerichtsinstanz von Fr. 20.00 pro Stunde (§ 42 Abs. 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 PKoV). Zudem beinhalten die Parteikosten eine angemessene Entschädigung für den Arbeitsaufwand der

E. 38

PKoV Fr. 4'934.95 (Gerichtsgebühr Fr. 2'800.00, Schreibgebühr Fr. 60.00 und Auslagen Fr. 2'074.95 [inkl. Gutachten Fr. 1'919.95]). Sie gehen ausgangsgemäss zu 4/5 bzw. im Betrag von Fr. 3'947.95 Lasten des Klägers sowie zu 1/5 bzw. im Betrag von Fr. 987.00 zu Lasten der Beklagten.

Die Mehrkosten für die vollständige Ausfertigung des Entscheides von Fr. 1'532.00 (zusätzliche Gerichtsgebühr Fr. 700.00, Schreibgebühr Fr. 600.00 und Auslagen Fr. 232.00) gehen je hälftig zu Lasten beider Parteien.

E. 39

Der Gerichtskostenanteil des Klägers von insgesamt Fr. 4'713.95 (Fr. 3'947.95 + Fr. 766.00) wird dem von ihm geleisteten Gerichtskosten-Vorschuss von Fr. 7'000.00 entnommen und ist bezahlt. Der Gerichtskostenanteil der Beklagten von insgesamt Fr. 1'753.00 (Fr. 987.00 + Fr. 766.00) wird dem von ihr bereits geleisteten Gerichtskosten-Vorschuss von Fr. 3'000.00 entnommen und ist ebenfalls bezahlt.

Die Gerichtskasse Nidwalden wird angewiesen, dem Kläger die Vorschussrestanz von Fr. 2'286.05 sowie der Beklagten die Vorschussrestanz von Fr. 1'247.00 zurückzuerstatten.

3. Der Kläger hat die Beklagte mit Fr. 320.00 und die Beklagte hat den Kläger mit Fr. 1'549.45 ausserrechtlich zu entschädigen.

4. Gegen dieses Urteil kann innert 20 Tagen die Appellation an die Grosse Kammer der Zivilabteilung des Obergerichtes Nidwalden erklärt werden (Art. 237 Abs. 3 ZPO).

Die Appellationserklärung zu Handen der Grossen Kammer der Zivilabteilung des Obergerichtes Nidwalden als Rechtsmittelinstanz ist mit genau formulierten Abänderungsanträgen schriftlich und im Doppel beim Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung, Grosse Kammer I, Rathausplatz 1, 6371 Stans, einzureichen (Art. 238 ZPO).

5. Das vorliegende Urteil wird dem Rechtsvertreter des Klägers im Doppel, der Beklagten und dem Rechtsvertreter der Nebenintervenientin im Doppel schriftlich eröffnet (GU).

Nach allfälligem Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils erfolgt zudem Mitteilung an die Gerichtskasse Nidwalden.

E. 40

Stans, 8. August 2007

KANTONSGERICHT NIDWALDEN ZIVILABTEILUNG / GROSSE KAMMER I Der
Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

versandt am:

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