

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20101214\_d\_ar\_u\_01 vom 14. Dezember 2010**

FINMA Versicherungsrecht, 2010-12-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20101214\\_d\\_ar\\_u\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20101214_d_ar_u_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20101214\_d\_ar\_u\_01 du 14 décembre 2010

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20101214\_d\_ar\_u\_01 del 14 dicembre 2010

## **Erwägungen**

### **E. 6**

September 2006 beschlossen (act. 1). In der Folge wurde die Klage mit Datum vom 18. September 2006 beim Kantonsgericht eingereicht (act. 3). Auf Begehren beider Parteien wurde das Verfahren vorerst auf unbestimmte Zeit sistiert (act. 8) und schliesslich ebenfalls auf Begehren der Parteien (act. 9) am 2. Februar 2007 weitergeführt (act. 10). Die Klageantwort wurde mit Schreiben vom 20. März 2007 eingereicht (act. 13). In der Folge wurde die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels beschlossen (act. 15). Die Replik datiert vom 23. Mai 2007 (act. 17), die Duplik vom 16. August 2007 (act. 22). Die Hauptverhandlung fand am 17. Dezember 2007 statt, gleichentags wurde die Durchführung eines Beweisverfahrens beschlossen (act. 27). Im Weiteren wurden die nötigen Unterlagen ediert und ein Gutachten eingeholt, das vom 21. April 2010 datiert (act. 104). Den Rechtsvertretern der Parteien wurde daraufhin Gelegenheit zur Stellung von Ergänzungsfragen betreffend das Gutachten gegeben (act. 108). Die Beklagte verzichtete auf das Stellen von Ergänzungsfragen (act. 114). Der Kläger liess zwar eine Ergänzungsfrage stellen (act. 109), die Gerichtsleitung verzichtete jedoch auf die Stellung dieser Ergänzungsfrage (act. 115). Gleichzeitig setzte sie den Parteien Frist an, um im Sinne von Art. 157 ZPO zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen (act. 115). Die Stellungnahme des Klägers datiert vom 23. Juli 2010 (act. 118), diejenige der Beklagten vom 8. September 2010 (act. 120). Die abschliessende Beratung fand am 14. Dezember 2010 statt (act. 128). Gegen das gleichentags ergangene Urteil meldete die Beklagte rechtzeitig die Appellation an (act. 132). Der Entscheid ist somit zu begründen.

Seite 4

Erwägungen des Kantonsgerichts

#### 1. Formelles

##### 1.1 Anwendbares Recht

Die Schweizerische Zivilprozessordnung trat am 1. Januar 2011 in Kraft.<sup>1</sup> Die Übergangsbestimmungen sehen vor, dass für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz anwendbar bleibt (Art. 404 Abs. 1). Demnach richtet sich die Begründung dieses Entscheids nach der Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell Ausserrhoden (im Folgenden: ZPO) und dem Gerichtsstandsgesetz (GestG).

##### 1.2 Streitwert

Der Streitwert einer Klage auf Geldzahlung richtet sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers (Art. 115 Abs. 1 ZPO). Der Kläger verlangt eine Geldzahlung in der Höhe von CHF 37'214.45. Der Streitwert beträgt somit CHF 37'214.45.

### 1.3 Zuständigkeit

Die Parteien haben im Sinne von Art. 9 GestG eine Gerichtsstandsvereinbarung vereinbart, wonach sich die örtliche Zuständigkeit u.a. am schweizerischen Wohnsitz des Versicherungsnehmers befindet (act. 4/26). Da der Kläger Wohnsitz in Z hat, ist das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 12 Ziff. 1 ZPO.

### 1.4 Prozessvoraussetzungen

Die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen nach Art. 116 Abs. 1 ZPO sind gegeben und im Übrigen unbestritten, so dass sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

1 SR 272.

Seite 5

## 2. Materielles

### 2.1 Beweislastverteilung

Nach dem allgemeinen Grundsatz von Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Recht ableitet. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen liegt demgegenüber bei der Partei, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet.<sup>2</sup> Rechtshindernd sind Tatsachen, die sich den rechtserzeugenden, gleichsam als deren negative Voraussetzungen von Anfang an entgegenstellen, indem sie trotz voll verwirklichter rechtserzeugender Sachverhalte die Rechtserzeugung ausschliessen oder das vollumfängliche Auswachsen des rechtserzeugenden Sachverhaltes unterbrechen.<sup>3</sup> Zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehören sowohl der Umfang der versprochenen Versicherungsdeckung als auch die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Versicherten.<sup>4</sup> Folglich sind diese beiden Tatsachen vom Kläger zu beweisen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt die Einwendung der Versicherung, die Arbeitsunfähigkeit gehe auf einen Unfall zurück, eine anspruchshindernde Tatsache dar, wofür die Versicherung die Beweislast trägt.<sup>5</sup> Dieser Entscheid erging zwar im Sozialversicherungsrecht, ist aber aufgrund der beinahe deckungsgleichen Sachverhalte und der sich stellenden Fragen analog auf das hier zu beurteilende Zivilverfahren anzuwenden. Vorliegend wendet die Beklagte als Krankentaggeldversicherung des Klägers ein, dessen Beschwerden seien auf einen nicht von der Suva versicherten Unfall von 1990 zurückzuführen. Damit macht sie eine anspruchshindernde Tatsache geltend, für die sie die Beweislast trägt.

2 Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2004 vom 31. August 2004 E. 2.2; Basler Kommentar ZGB I- Hans Schmid/Flavio Lardelli, Art. 8 N 42; Max Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 8 N 146, 160 und 164 f. 3 Max Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 8 N 165. 4 Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2004 vom 31. August 2004 E. 2.3.2. 5 Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2004 vom 31. August 2004 E. 2.3.2;

Urteil des Bundesgerichts 4C.230/2000 vom 10. November 2000 E. 3.

Seite 6

## 2.2 Ursache der Arbeitsunfähigkeit

### 2.2.1 Vorbringen der Parteien

Der Kläger macht geltend, dass seine Kniebeschwerden auf eine Krankheit zurückzuführen sind (act. 3). Er beruft sich hierbei insbesondere auf diverse Berichte des Rheumatologen Dr. med. A (act. 4/10, 4/13, 4/18, 4/21), den Arztbericht von Dr. B vom 30. Dezember 2004 (act. 4/14), den Einsprache-Entscheid der Suva vom 6. Juli 2005 (act. 4/20) und schliesslich auf die gerichtliche Expertise (act. 104).

Die Beklagte dagegen stützt ihre Behauptung, wonach der Unfall aus dem Jahr 1990 Ursache der Beschwerden des Klägers ist (act. 13), auf verschiedene Arztzeugnisse und Schreiben des Hausarztes Dr. C (act. 14/6, 14/8, 14/12), verschiedene ärztliche Berichte (act. 14/9, 14/10), den Bericht des Suva-Kreisarztes vom 5. August 2004 (act. 14/12), die Berichte des Vertrauensarztes der Beklagten (act. 14/14, 14/18), das Gutachten von PD Dr. D vom 18. Oktober 2005 (act. 4/22 bzw. 14/19) sowie dessen Zweitbericht vom 19. Oktober 2006 (act. 14/29).

### 2.2.2 Medizinische Berichte und Beurteilungen

Von Interesse sind die Beurteilungen der Ärzte Dr. med. E, Kreisarzt der Suva, Dr. med. F, Abteilung Versicherungsmedizin der Suva, Dr. med. C, Hausarzt des Klägers, Dr. med. G, Vertrauensarzt der Beklagten, Dr. med. B und Dr. med. A, behandelnde Ärzte des Klägers. Aus diesen Berichten und Beurteilungen geht im Wesentlichen Folgendes hervor:

Bevor Dr. A im Dezember 2004 (act. 4/13) die mögliche Diagnose einer reaktiven Arthritis stellte, die sich im weiteren Verlauf erhärtete und auf eine krankheitsbedingte Ursache der Kniebeschwerden hindeutete (vgl. act. 4/14), hatten einzig die Ärzte Dr. E (act. 14/12), Dr. C (vgl. u.a. act. 14/6, 14/8, 14/12) und Dr. G, der die Beurteilung von Dr. E im Wesentlichen unterstützte (act. 14/14), die Auffassung vertreten, dass die Beschwerden auf den Unfall von 1996 zurückzuführen sind. Zu beachten ist zunächst aber, dass der Kreisarzt der Suva, Dr. E (act. 14/12), die Möglichkeit einer Krankheit als Ursache der Kniebeschwerden in seinem Bericht gar nicht prüfte. Er hatte nur eine „entweder-oder-Beurteilung“ zu machen, d.h. die Ursache entweder auf den Bagatellunfall von 2004 oder

Seite 7

den Sportunfall 1990/1996 zurückzuführen. Die Beurteilung fand ausserdem einige Wochen bzw. Monate vor der eigentlichen Diagnosestellung von Dr. A im Oktober bzw. Dezember 2004 statt (vgl. act. 4/10, 4/13). Im Einsprache-Entscheid vom 6. Juli 2005 stützte sich die Suva denn auch nicht mehr auf die Beurteilung von Dr. E, der von einem Unfall von 1990/1996 als Ursache der Kniebeschwerden ausging, sondern auf die neue Beurteilung von Dr. F vom 22. Juni 2005 (act. 77/55). Dieser erklärte, dass es sich bei der am 15. November 2004 operierten Synovialitis ausschliesslich um eine Krankheit handelt. Die Beurteilung von Dr. E vom 05.08.2004 war somit bereits zum Zeitpunkt des Einspracheentscheids überholt. Aus diesem Bericht kann die Beklagte damit nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Nach der Diagnosestellung von Dr. A ist festzustellen, dass Dr. C die Frage offen liess, ob nun ein Unfall oder eine Krankheit für die Kniebeschwerden des Klägers verantwortlich

war (act. 46/9 und 46/18). Dieser hielt folglich selbst nicht mehr an seiner ersten Beurteilung fest. Zu berücksichtigen ist ferner, dass eine verlässliche Diagnose bezüglich der Kniebeschwerden erst nach etwas über einem halben Jahr durch Spezialisten gestellt werden konnte. Das deutet darauf hin, dass sich die Diagnosestellung auch für die beteiligten Spezialisten als komplex erwies, mithin wahrscheinlich auch als zu komplex für den erfahrenen Hausarzt Dr. C.

Der Vertrauensarzt der Beklagten, Dr. G, ging auch nach der Diagnosestellung einer reaktiven Arthritis weiter nicht von einer überaus wahrscheinlichen Krankheit aus (act. 14/18). Da es sich bei Dr. G um einen Vertrauensarzt der Beklagten handelt (vgl. act. 13 S. 7), ist dessen Ansicht als Parteibehauptung der Beklagten zu werten. Dessen Beurteilung ist ausserdem, im Vergleich zum sich stellenden komplexen Krankheitsbild, ziemlich kurz gefasst und vermag auch inhaltlich nicht zu überzeugen.

Klar für eine krankheitsbedingte Ursache der Kniebeschwerden sprechen dagegen die Beurteilung von Dr. F, Versicherungsmedizin der Suva (act. 77/55) sowie die Berichte der behandelnden Ärzte Dr. B vom 31.12.2004 (act. 4/14) und Dr. A (act. 4/23).

Als Zwischenfazit ist somit festzustellen, dass trotz der von der Beklagten angerufenen Arztberichte und Beurteilungen der Ärzte Dr. E, Dr. C und Dr. G nicht erstellt ist, dass der Fussballunfall von 1990 bzw. die spätere Operation von 1996 ursächlich für die Kniebeschwerden des Klägers sind. Hiergegen sprechen die Beurteilungen der Ärzte Dr. B, Dr. A und Dr. F.

Seite 8

### 2.2.3 Suva-Akten

Die Suva kam im Einsprache-Entscheid vom 6. Juli 2005 (act. 77/56) wie bereits angesprochen zum Schluss, dass die Kniebeschwerden des Klägers nicht auf den Bagatell- unfall vom Februar 2004 zurückzuführen sind. Hierbei stützte sie sich auf die medizini- sche Beurteilung von Dr. F, Facharzt FMH für Chirurgie, vom 22. Juni 2005 (act. 77/55). Dieser hielt in seiner ärztlichen Beurteilung fest, dass „die leichte Knie-Prellung nicht geeignet war, die ab 18.03.2004 behandelten Befunde zu verursachen oder auch nur auszulösen. Vielmehr handelt es sich bei der am 15.11.2004 operierten Synovialitis ausschliesslich um eine Krankheit“. Der Sportunfall von 1990/1996 wird im Entscheid nicht beurteilt.

Damit fällt das (Bagatell-) Unfallereignis vom Februar 2004 als Ursache der Kniebe- schwerden ausser Betracht. Darüber hinaus sieht die Suva klar eine Synovialitis und da- mit eine Krankheit als Grund für die Knieschmerzen des Klägers.

### 2.2.4 Gutachten PD Dr. D

Die Beklagte stützt sich in ihrer Beurteilung, dass keine Krankheit, sondern ein Unfall die Knieschmerzen des Beklagten verursacht hat, vor allem auf das Gutachten von PD Dr. D vom 18. Oktober 2005 und dessen Zweitbericht vom 19. Oktober 2006 (act. 14/19 und 14/29). PD Dr. D kam zum Schluss, dass der natürliche Kausalzusammenhang zwischen der chronischen Synovialitis und der Fussballverletzung von 1990 in Ex-Jugoslawien mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gegeben sei (act. 13 S. 7). Der Kläger macht hingegen geltend, dass das Gutachten von PD Dr. D nicht als neutral anzusehen sei, da es sich bei PD Dr. D um einen Vertrauensarzt der Beklagten handle und dieser damit befangen sei. Dass es sich bei PD Dr. D um einen Vertrauensarzt der Beklagten handelt, wisse der Kläger jedoch erst seit den Ausführungen in der Klageantwort mit Sicherheit (act. 3 S. 7,

act. 17 S. 4 f.). Zudem sei das Gutachten in mehrfacher Hinsicht mangelhaft: es bestünden erhebliche Mängel bei der Auseinandersetzung mit den Vorakten (act. 3 S.

#### **E. 8**

f., act. 17 S. 6), irreführende Hervorhebungen von für den Kläger negativen Feststellungen (act. 3 S. 9, act. S. 6), lückenhafte Wiedergaben von Befunden, die irreführend wirken (act. 3 S. 10, act. 17 S. 6), unvollständige und falsche Zitate (act. 3 S.

#### **E. 11**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 86 ff. mit Verweis auf BGE 125 V 351 E. 3a S. 352 und BGE 122 V 157 E. 1c S. 166.

Seite 10

seits auch dann, wenn die Beantwortung der Expertenfragen als apodiktische Behauptungen im luftleeren Raum stehen.<sup>12</sup> Ein Gutachten ist schlüssig, wenn die Schlussfolgerungen des Gutachters nach den Gesetzen der Logik anhand der Begründung überzeugend und widerspruchsfrei nachvollzogen werden können. Wo zu einer wissenschaftlichen Streitfrage unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, hat der Gerichtsgutachter darzulegen, warum er auf die eine und nicht auf die andere These abstellt.<sup>13</sup> Bei Bestehen von Zweifeln gilt, dass der Richter Zweifel an der Schlüssigkeit und Argumentation des Gerichtsgutachters gerade dann unterdrücken und durch sein Vertrauen in dessen Unabhängigkeit sowie dessen in Fachkreisen unbestrittene Sach- und Fachkunde ersetzen darf, je komplexer der naturwissenschaftlich-technische Sachverhalt ist, der dem Gutachten zu Grunde liegt.<sup>14</sup>

Aus dem Gutachten von PD Dr. D geht nicht hervor, welche Unterlagen ihm für die Begutachtung tatsächlich zur Verfügung standen. Folglich kann auch nicht festgestellt werden, ob diese Unterlagen einzeln und mit ihrem wesentlichen Inhalt rekapituliert wurden bzw. ob die Vorakten spezifiziert wurden. Im Weiteren hält der Gutachter fest, die Suva habe im Einsprache-Entscheid vom 6. Juli 2007 ihre Haltung bestätigt, wonach die Kniebeschwerden des Klägers auf das 1990 in Ex-Jugoslawien erlittene Knie Trauma zurückzuführen seien. Dies ist aber offensichtlich unzutreffend, stellt die Suva doch in Ziff. 6 des Einsprache-Entscheids explizit auf die medizinische Beurteilungen von Dr. F ab, wonach es sich bei der Synovialitis ausschliesslich um eine Krankheit handle (act. 4/20). Der Gutachter PD Dr. D erklärt ferner ohne weitere differenzierte Begründung, dass die weitaus häufigste Form der diffusen Synovialitis die Trauma-induzierte, posttraumatische Form der Synovialitis sei (S. 9). Er erklärt, dass in der vorliegenden Situation mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass die Kniebeschwerden auf den Unfall 1990 zurückzuführen seien (S. 9) bzw. dass der natürliche Kausalzusammenhang zwischen der chronischen Synovialitis und der Fussballverletzung 1990 mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gegeben sei (S. 12). Für die Annahme einer krankheitsbedingten Synovialitis habe man dagegen nichts Beweisendes in der Hand (S. 9) bzw. haben weder Beweise erbracht noch Hinweise für eine derartige Kausalität gefunden werden können (S. 13). Dies ist jedoch unzutreffend, ist doch gerade Dr. F mit

#### **E. 12**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 91

ff.

### **E. 13**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 94 f.

### **E. 14**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 97. vgl. auch Martin Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung, Zürich/St. Gallen 2009, S. 220 f.

Seite 11

Verweis auf Dr. A und Dr. B zum Schluss gekommen, dass die Synovialitis auf eine Krankheit zurückzuführen ist (act. 4/20 Ziff. 6). Damit übergeht der Vertrauensarzt der Beklagten in seinem Gutachten deutliche Hinweise, die für eine krankheitsbedingte Ursache der Kniebeschwerden des Klägers sprechen bzw. stellt diese sogar falsch dar. Das Privatgutachten der Beklagten, ausgefertigt von PD Dr. D, ist allein schon aus diesen Gründen weder nachvollziehbar noch schlüssig, die Vollständigkeit kann mangels Aufführung der herbeigezogenen Unterlagen nicht überprüft werden. Der Zweitbericht von PD Dr. D vom 19. Oktober 2006 (act. 14/29) kann diese Mängel nicht heilen, kann er doch einen Unfall als Ursache der Kniebeschwerden nicht „mehr“ beweisen als der Kläger bzw. dessen Ärzte eine krankheitsbedingte Ursache.

Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass das Gutachten von PD Dr. D als Parteigutachten zu gelten hat und aufgrund verschiedener Mängel eine unfallbedingte Ursache der Kniebeschwerden des Klägers nicht zu beweisen vermag. Gleichzeitig vermag es die These, wonach eine Krankheit als Ursache zu gelten habe, nicht zu entkräften.

## 2.2.5 Gerichtliches Gutachten

### 2.2.5.1 Inhalt

Das vom Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden in Auftrag gegebene Gutachten wurde von Frau Dr. med. H, Chefärztin Rheumatologie und Rehabilitation an der M Klinik, in Zusammenarbeit mit Prof. h.c. PD Dr. med. I, Chefarzt Orthobiologie und Knorpelregeneration sowie Dr. med. J, Oberarzt Orthobiologie und Knorpelregeneration, beide ebenfalls an der M Klinik tätig, ausgearbeitet und datiert vom 21. April 2010 (act. 104).

Auf den ersten 20 Seiten des Gutachtens werden die relevanten Vorakten und deren Inhalt detailliert aufgeführt. Danach folgen die Ausführungen der rheumatologischen Expertin und des orthopädischen Experten zur Anamnese sowie die Befunde der Rheumatologie und der Orthopädie. Im Anschluss wird die bereits vorhandene Bildgebung wie auch die von den Gutachtern vorgenommenen Zusatzuntersuchungen dargestellt. Das Gutachten endet mit der Zusammenfassung und Beurteilung sowohl aus rheumatologischer als auch aus orthopädischer Sicht und der Beantwortung der gestellten Fragen.

Seite 12

Die rheumatologische Gutachterin kommt zum Schluss, dass „eine abgelaufene Monarthritis am Kniegelenk klar dokumentiert sei (Synoviabiopsie, entzündliches Gelenkspunktat), wobei ätiologisch mit überdurchschnittlicher Wahrscheinlichkeit ein krankhafter Prozess aus dem rheumatologisch entzündlichen Formenkreis besteht, wobei sowohl eine reaktive Arthritis (nach respiratorischem Infekt), als auch eine anderweitige seronegative Arthritis in Frage komme“. Eine Unterscheidung dieser zwei Arthritis-Formen habe schlussendlich aber keine Bedeutung, da beide zu den entzündlich-rheumatischen Gelenkserkrankungen gehörten (act. 104 S. 35). Im Weiteren führen die Gutachter auf ca. einer Seite Tatsachen auf, die gegen die These von PD Dr. D sprechen (act. 104 S. 36 f.). Ebenfalls diskutiert werden die wiederholt im MRI beschriebenen Metallartefakte im gesamten Kniegelenk, die radiologisch jedoch nicht sichtbar sind. Die rheumatologische Gutachterin führt aus, dass Metallabrieb durchaus eine entzündliche Reaktion hervorrufen könne. Ein Zusammenhang der Synovitis von 2004 mit dem Metallabrieb sei jedoch unwahrscheinlich, da eine entzündliche Reaktion zum Zeitpunkt der Entstehung der Metallartefakte erwartet würde mit anhaltender Problematik und nicht erst ein Auftreten nach mehrjähriger Latenz nach Entfernung von Osteosynthesematerial. Obwohl in der neuesten MRI Untersuchung immer noch Metallartefakte sichtbar seien, bestünden keine Zeichen einer anhaltenden Synovitis mehr (act. 104 S. 37).

Die orthopädischen Gutachter stellen auf S. 39 des Gutachtens ebenfalls fest, dass Metallabrieb zwar synovische Reaktionen hervorrufen können, jedoch nicht nach einer Latenz von mehreren Jahren. Aus orthopädischer Sicht könne kein Kausalzusammenhang der arthritischen Manifestation mit dem Ereignis von 2004 und auch mit der postulierten Verletzung von 1990 gesehen werden. So wird denn auch in Beantwortung der Frage, welches die Ursache der im Frühling 2004 aufgetretenen Kniebeschwerden war, festgestellt, dass als Ursache der Knieschwellung klar eine krankheitsbedingte entzündlich rheumatische Affektion postuliert werden muss (act. 104 S. 42).

#### 2.2.5.2 Einwendungen der Parteien

Beide Parteien verzichteten bezüglich der Frage der Ursache der Kniebeschwerden des Klägers auf das Stellen von Ergänzungsfragen (act. 109, 114). Der Kläger hatte keine Einwendungen gegen die Schlussfolgerung des Gutachtens, wonach eine Krankheit Ursache seiner Kniebeschwerden sei (act. 118).

Seite 13

Die Beklagte liess dagegen einwenden, dass das Gutachten von einer Stelle durchgeführt wurde, gegen die sie sich gewehrt habe. Auch habe die Wahl einer Rheumatologin als Gutachterin zu einer Fokussierung auf ein bestimmtes Problem geführt, wodurch die orthopädische Seite, auf welche sich die Beklagte stütze, in den Hintergrund trete (act. 120). Diesen Einwendungen ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Beklagte keine überzeugende und zwingende Argumente vorbrachte, die gegen eine Ernennung von Dr. H gesprochen hätten. Solche Gründe werden in der Stellungnahme vom 8. September 2010 nicht vorgebracht, auch nicht gegen die zusätzlich hinzugezogenen Gutachter. Im Übrigen wurde die orthopädische Seite im Gutachten durch den Beizug von Prof. Dr. I und Dr. J genügend gewichtet. Dass die rheumatologische Seite rein seitenmässig die orthopädische Seite überwog, zeigt lediglich, dass die Beschwerden des Klägers hauptsächlich in den rheumatologisch zu beurteilenden Bereich fielen.

Im Weiteren reicht die Beklagte in der Beilage A (act. 121) eine ärztliche Stellungnahme von Dr. med. K, ein, die sie gleichzeitig in ihrer Stellungnahme (act. 120) wiedergibt. Hier ist festzuhalten, dass Privatgutachten als Mittel der Beweisführung grundsätzlich bis zum Aktenschluss einzureichen sind, im Rahmen der Beweiswürdigung, z.B. zur Erschütterung eines gerichtlichen Gutachtens, jedoch nicht den förmlichen und zeitlichen Einschränkungen für neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nach Massgabe der Eventualmaxime unterliegen und damit in diesem Stadium noch vorgelegt werden können.<sup>15</sup> Die Beklagte macht geltend, dass im Gutachten nicht bzw. zu wenig auf die mögliche Unfallursache von 1990 eingegangen wird bzw. diese ohne wissenschaftliche Begründung als mögliche Ursache ausgeschlossen wird (act. 120 S. 9). Im Gutachten wird auf S. 32 klar darauf hingewiesen, dass keine Akten zu den Behandlungen in Ex-Jugoslawien vorliegen und somit die Ursache zur Operation und dem Zustand vor der Operation als rein spekulativ zu werten sind.

Weiter argumentiert die Beklagte erneut damit, dass „im Jahr 2004 der Suva-Arzt<sup>16</sup> verbindlich und letztendlich unangefochten festgestellt“ habe, „dass der Befund auf einen Zustand auf den nicht Suva-versicherten Schaden aus dem Jahr 1990 zurückzuführen“ sei. Dabei verkennt die Beklagte erneut, dass sich die Suva in ihrem Einsprache-Entscheid vom 6. Juli 2005 auf die später eingeholte versicherungsmedizinische Stellungnahme von

#### **E. 15**

Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 118 N 1b; Alfred Bühler, die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, in: Jusletter 14. Mai 2007 Rz 24.

#### **E. 16**

Vermutlich gemeint ist act. 77/12.

Seite 14

Dr. F stützt, der sich zwar nicht über den Unfall von 1990 als Ursache äussert, jedoch klar eine Krankheit für die Kniebeschwerden verantwortlich macht und hierfür explizit auf die Ärzte Dr. A und Dr. B verweist (act. 77/56). Damit geht auch dieses Argument ins Leere.

Die Beklagte bringt weiter sinngemäss vor, im Gutachten fehle die Auseinandersetzung darüber, weshalb die – ihrer Meinung nach wahrscheinlichere – Ursache des Unfalls 1990 ausgeschlossen wird und stattdessen der – ihrer Meinung nach unwahrscheinlicheren – Ursache einer Krankheit der Vorzug gegeben wird (act. 120 S. 10). Diesem Vorbringen ist einerseits entgegenzuhalten, dass es gerade Aufgabe der Gutachterin war, die Frage zu beantworten, welche Ursache (Unfall oder Krankheit) wahrscheinlicher ist. Andererseits wird diese Abwägung in mehrfacher Hinsicht im Gutachten vorgenommen bzw. berücksichtigt, so vorab in der differenzierten Auseinandersetzung mit den Vorakten, dann in den auf ca. einer Seite aufgeführten Tatsachen, die gegen die These von Dr. D (Unfall als Ursache) sprechen und schliesslich in Ziff. VI. zur Zusammenfassung und Beurteilung sowohl durch die rheumatologische Gutachterin als auch den orthopädischen Gutachter.

Auch der Einwand, wonach nicht diskutiert worden sei, dass ein monartikulärer Befall und die Beschwerdefreiheit nach der Radiosynoviorthese auf ein „mechanisch bedingtes Problem“ hinweisen, wäre die Krankheit mit dem Eingriff als solchen im damaligen Zeitpunkt ja nicht geheilt gewesen, vermag nicht durchzudringen (act. 120 S. 10, act. 121 S. 2): Die rheumatologische Gutachterin führt auf S. 37 des Gutachtens doch gerade die

Besserung infolge der Radiosynoviorthese als Tatsache auf, die gegen einen Unfall i.S. des Gutachtens von PD Dr. D spricht, da eben keine Veränderung an der mechanischen Situation der Patella vorgenommen worden sei.

Auch kann die Beklagte nichts daraus ableiten, dass der Kläger seit seiner Knieoperation 1996 im betroffenen Knie wetterfällig war. Das Gleiche gilt für die Argumentation, wonach die Angaben des Hausarztes keine Hinweise für eine poststreptokokken-reaktive Veränderung im rechten Kniegelenk enthielten und nicht ersichtlich sei, wann sich eine solche entwickelt haben sollte (act. 120 S. 10, act. 121 S. 2). Unklar bzw. nicht begründet ist die Feststellung, dass die mechanische Irritation (Operation 1996 oder Radiosynoviorthese 2005?) zu Knorpeldefekten geführt habe, die bis zum Knochen reichten und die Feststellung, im Gutachten sei nicht dargelegt, weshalb kein eindeutiger Kausalzusammenhang zwischen den rezidivierend auftretenden Ergüssen und einer mechanischen Irritation des femoro-patellären Gelenks gegeben sein soll (act. 120 S. 11, act. 121 S. 2). Im Gutachten wird jedoch auf S. 32 zusammenfassend festgehalten, dass beim Kniegelenkserguss von

Seite 15

1998 eine Schwellung des Knies nach vermehrter Strapazierung vermutet wurde. Anders geht aus den Akten auch nicht hervor. Von wiederholt auftretenden Ergüssen mit gleicher Ursache kann somit vorliegend nicht die Rede sein.

Die Beklagte führt weiter aus, der Kläger habe sowohl beim Reizerguss 1998 als auch 2004 eine hypotrophe Muskulatur gehabt, woraus zu schliessen sei, dass der Kläger bereits vorgängig zu den Ereignissen 1998 und 2004 Kniegelenksergüsse gehabt haben muss, da ein Kniegelenkserguss die Quadrizepsmuskulatur bzw. die Streckmuskulatur hemme. Eine solcher – offenbar medizinisch bekannter – Zusammenhang wurde weder von einem der seit März 2004 mit dem Fall befassten Ärzte je geäußert noch wurde er von Dr. K, auf den die Aussage zurückgeht, wissenschaftlich belegt. Es scheint jedoch auch für den medizinischen Laien klar, dass eine hypotrophe Muskulatur durchaus auch eine andere Ursache als einen Reizerguss haben kann und mit diesem darüber hinaus nicht zwingend in einem Zusammenhang stehen muss.

Entgegen den Ausführungen der Beklagten lässt sich aus dem Schreiben von Dr. C an Dr. L vom 28. März 2004 (act. 14/8), KSSG, nicht herauslesen, dass der Kläger rezidivierende Kniegelenksergüsse gehabt haben muss (act. 120 S. 12, act. 121 S. 3). Dr. C spricht nur unspezifisch von rezidivierenden Knierizerscheinungsbildern. Auch die Tatsache, dass der Kläger zu Beginn seiner Beschwerden diese mit vorhergehenden längeren Belastungen in Zusammenhang brachte, beweist entgegen der Ansicht der Beklagten keineswegs, dass keine Entzündung, aber eine mechanische bedingte Überlastung vorlag (act. 120 S. 12, act. 121 S. 3). Der Kläger berichtete gemäss Behandlungsbericht vom 13. Mai 2005 (act. 4/3) tatsächlich, dass er seit längerem an intermittierenden Schwellungszuständen im Bereich des rechten Knies, vor allem nach längerer Belastung, gelitten habe. Aus dem Bericht ist jedoch nicht ersichtlich, auf was sich die Formulierung „seit längerem“ bezieht bzw. ob damit der Zeitpunkt seit Beginn der massiven Beschwerden im März 2004 gemeint ist oder eine Zeitperiode davor. Damit kann die Beklagte auch hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Ferner sind die Ausführungen der Beklagten zum fehlenden Hinken des Klägers trotz Bestehen eines Kniegelenksergusses und des daraus abgeleiteten chronischen Ergusses mit Gewöhnung des Klägers nicht ganz richtig (act. 120 S. 12 f., act. 121 S. 3). Es stimmt zwar,

dass der Kläger bei der Untersuchung am 12. Mai 2005 hinkfrei ging, jedoch wurde zum damaligen Zeitpunkt auch nur ein geringer Kniegelenkserguss festgestellt (act. 4/3). Am 25. Mai 2005 wurde dagegen ein erheblicher Kniegelenkserguss beschrieben, mithin

Seite 16

eine Verschlimmerung des Zustandes im Vergleich zum 12. Mai 2005. Zur Tatsache, ob der Kläger zu diesem Zeitpunkt hinkte oder nicht, findet sich im entsprechenden Bericht allerdings nichts (act. 4/4). Auf eine mögliche reaktive Arthritis nach respiratorischem Infekt als Ursache (vgl. S. 35 des Gutachtens) geht die Beklagte nicht ein.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorbringen der Beklagten das gerichtliche Gutachten vorweg nicht zu entkräften vermögen.

### 2.2.5.3 Würdigung

Ein Gerichtsgutachten muss vollständig, nachvollziehbar und schlüssig sein.<sup>17</sup>

a) In Bezug auf die Vollständigkeit ist festzuhalten, dass alle dem Gutachter gestellten Fragen von diesem beantwortet werden müssen.<sup>18</sup> Im Weiteren müssen im Gutachten dessen tatsächliche Grundlagen, die der Gutachter nicht selbst beschafft hat, einzeln und mit ihrem wesentlichen Inhalt rekapituliert werden, wobei insbesondere die Vorakten zu spezifizieren sind.<sup>19</sup> Schliesslich sind die sogenannten Befundtatsachen aufzuführen. Bei medizinischen Gutachten hat der Gutachter namentlich die Anamnese, die vom Exploranden geklagten subjektiven Beschwerden und die durchgeführten Untersuchungen sowie Explorationsgespräche detailliert wiederzugeben.<sup>20</sup>

Vorliegend ist festzustellen, dass sämtliche der Gutachterin gestellten Fragen beantwortet, die Vorakten detailliert aufgeführt und die Befundtatsachen wie Anamnese, die vom Kläger genannten Beschwerden sowie die durch die Gutachter vorgenommenen zusätzlichen Abklärungen und Explorationsgespräche wiedergegeben wurden. Das gerichtliche Gutachten ist somit vollständig.

b) Der Richter muss das Gutachten prüfend nachvollziehen können. So sind einerseits Schlussfolgerungen, für die im Gutachten jede Begründung fehlt, nicht nachvollziehbar.

#### **E. 17**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 82 ff.; Martin Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung, Zürich/St. Gallen 2009, S. 219.

#### **E. 18**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 83.

#### **E. 19**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 85.

#### **E. 20**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 86

ff. mit Verweis auf BGE 125 V 351 E. 3a S. 352 und BGE 122 V 157 E. 1c S. 166.

Seite 17

Nicht nachvollziehbar ist ein Gutachten andererseits auch dann, wenn die Beantwortung der Expertenfragen als apodiktische Behauptungen im luftleeren Raum stehen.<sup>21</sup>

Die Schlussfolgerung der Gutachter, wonach für die Knieschwellung eine Krankheit ursächlich ist, ist aufgrund des strukturierten und logischen Gutachtaufbaus und den dargelegten Überlegungen und Befunde der Gutachter ohne Probleme nachvollziehbar.

c) Ein Gutachten ist schlüssig, wenn die Schlussfolgerungen des Gutachters nach den Gesetzen der Logik anhand der Begründung überzeugend und widerspruchsfrei nachvollzogen werden können. Wo zu einer wissenschaftlichen Streitfrage unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, hat der Gerichtsgutachter darzulegen, warum er auf die eine und nicht auf die andere These abstellt.<sup>22</sup> Bei Bestehen von Zweifeln gilt, dass der Richter Zweifel an der Schlüssigkeit und Argumentation des Gerichtsgutachters gerade dann unterdrücken und durch sein Vertrauen in dessen Unabhängigkeit sowie dessen in Fachkreisen unbestrittene Sach- und Fachkunde ersetzen darf, je komplexer der naturwissenschaftlich-technische Sachverhalt ist, der dem Gutachten zu Grunde liegt.<sup>23</sup>

Gemäss der vorgängigen Darstellung bestehen zwei Meinungen: Nach der einen (beklagischen) Auffassung soll die Ursache der Kniebeschwerden des Klägers auf den nicht Suva versicherten Unfall von 1990 mit Operation im Jahr 1996 zurückzuführen sein, wo- gegen die andere Auffassung die Kniebeschwerden auf eine Krankheit zurückführt. Die Gutachter haben sich differenziert mit den beiden Ansichten auseinandergesetzt und sich logisch nachvollziehbar mit überzeugender Begründung (vgl. Ziff. 2.2.5.1) dafür entschieden, dass die Kniebeschwerden klar von einer Krankheit verursacht wurden. Das Gutachten und die darin gemachten Schlussfolgerungen sind somit in sich schlüssig. Auch vermögen die Vorbringen der Beklagten in ihrer Stellungnahme und der damit eingereichte ärztlichen Stellungnahme (act. 120 und 121) das gerichtliche Gutachten nicht zu entkräften bzw. Zweifel an dessen Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit zu begründen.

#### 2.2.5.4 Zwischenfazit

##### **E. 21**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 91 ff.

##### **E. 22**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 94 f.

##### **E. 23**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 97. vgl. auch Martin Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung, Zürich/St. Gallen 2009, S. 220 f.

Das Gerichtsgutachten ist vollständig, nachvollziehbar und schlüssig. Es gibt keine Gründe, von der im Gutachten gemachten Schlussfolgerung, wonach eine Krankheit Ursache der Kniebeschwerden des Klägers ist, abzuweichen. Die Ausführungen der Beklagten (act. 120 und 121) können die Darlegungen und Schlussfolgerungen der Gutachter nicht erschüttern. Das Gutachten hat somit volle Beweiskraft.

#### 2.2.6 Beweiswürdigung

Gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO würdigt der Richter die Beweise nach freier Überzeugung. Der Richter ist somit weder an Beweisverbote noch an Vorschriften über die Beweiskraft oder den Beweiswert eines Beweismittels gebunden. Aus der so verstandenen Freiheit der Beweiswürdigung fliesst die Pflicht des Richters zu einer Gesamtwürdigung aller im konkreten Verfahren vorhandenen beweisrechtlich relevanten Elemente.<sup>24</sup>

Aufgrund des hohen Beweiswertes des gerichtlichen Gutachtens ist dieses für die Beurteilung der Frage, ob die Kniebeschwerden des Klägers auf den Unfall von 1990/1996 oder auf eine Krankheit zurückzuführen sind, massgeblich. Gegen die Schlussfolgerung des Gutachtens, wonach eine Krankheit vorliegt, sprechen praktisch ausschliesslich die Stellungnahmen und Berichte der Vertrauensärzte der Beklagten. Die Ansichten von Dr. E (Suva-Arzt) und Dr. C (Hausarzt), die ebenfalls von einer unfallbedingten Ursache aus dem Jahr 1990 ausgingen, müssen angesichts der Tatsache, dass sie vor der tatsächlichen Diagnosestellung einer reaktiven Synovialitis geäussert wurden, als überholt betrachtet werden. Ihnen kommt daher höchstens ein geringer Beweiswert zu. Hingegen haben sich die den Kläger hauptsächlich behandelnden Ärzte Dr. A und Dr. B ebenfalls klar für eine krankheitsbedingte Ursache ausgesprochen. Damit steht gestützt auf das gerichtliche Gutachten und die Äusserungen der behandelnden Ärzte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass eine Krankheit Ursache der Kniebeschwerden des Klägers war. Ein Kausalzusammenhang mit dem Unfall von 1990/1996 ist dagegen nicht bewiesen.

#### **E. 24**

Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 74.

#### 2.3 Arbeitsunfähigkeit

##### 2.3.1 Vorbringen der Parteien

Der Kläger macht einen Taggeldanspruch von insgesamt 303 Tagen vom 1. Juli 2005 bis

#### **E. 29**

CHF 2'398.80 + CHF 17'534.25 = CHF 19'933.05

#### **E. 30**

bGS 145.53.

#### **E. 31**

Jedoch nur auf CHF 9'368.70, da die Barauslagen um einen der Mehrwertsteuer nicht unterliegenden Betrag in Höhe von CHF 60.00 zu kürzen sind.

CHF 10'140.70. Demnach hat die Beklagte den Kläger mit CHF 10'140.70 ausseramtlich zu entschädigen.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger CHF 37'214.45 nebst Zins zu 5 % seit 28.11.2005 zu bezahlen.

2. Die amtlichen Kosten, bestehend aus

CHF 200.00 Vermittlungsgebühr CHF 19'933.05 Auslagen CHF 3'600.00 Gerichtsgebühr CHF 23'733.05 insgesamt,

werden der Beklagten auferlegt, unter Anrechnung des von der Beklagten geleisteten Beweiskostenvorschusses in Höhe von CHF 15'000.00 und der vom Kläger geleisteten Vorschüsse von CHF 500.00 (Vermittlungskosten CHF 200.00, Einschreibgebühr CHF 300.00). Dem Kläger wird in Höhe von CHF 500.00 das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

3. Die Beklagte wird verpflichtet, den Kläger mit CHF 10'140.70 ausseramtlich zu entschädigen.

4. Wer nach Zustellung des Urteilsspruches die Appellation an das Obergericht von Appenzell A.Rh. angemeldet hat und diese weiterführen will, hat innert 14 Tagen seit Zustellung dieses begründeten Urteils eine schriftliche Appellationserklärung an die Obergerichtskanzlei, 9043 Trogen, zu richten und dieses Urteil beizulegen. Fax-Schreiben und E-Mails sind nicht rechtsgültig und haben keine fristwahrende Wirkung.

Die Appellationserklärung hat Ausführungen darüber zu enthalten, in welchen Punkten dieses Urteil angefochten wird, welche Abänderungen verlangt und welche Beweisträger gestellt werden. Richtet sich die Appellation ausschliesslich gegen den Kostenpunkt, so ist sie schriftlich zu begründen.

Seite 29

In zivilrechtlichen Streitigkeiten gilt zusätzlich zu diesen Bestimmungen, dass die Appellationserklärung allfällige neue Tatsachenbehauptungen enthalten muss und in genügend vielen Exemplaren für das Gericht und die Gegenpartei einzureichen ist.

5. Zustellung an die Parteien über ihre Rechtsvertreter.

- An der Beratung war niemand anwesend. - Das Urteil wurde nicht mündlich eröffnet.

Die Kantonsgerichtspräsidentin:

Dr. oec. Eva Ziegler Die Kantonsgerichtsschreiberin:

Silja-Lea Häuptle, MLaw

versandt am:

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