

URTEIL
- ZIVILABTEILUNG -
GROSSE KAMMER I

8. August 2007

Es wirkten mit: Kantonsgerichtspräsident lic. iur. Marcus Schenker, Kantonsrichter Arnold Flühler, Kantonsrichter Albert Odermatt, Kantonsrichterin Susann Bolz, Kantonsrichter Reto Geiser sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Cornelia Kaufmann

In Sachen

X.,

vertreten durch Dr. iur. Bruno Häfliger,
Rechtsanwalt,

Kläger

gegen

A. **KRANKEN- UND UNFALLVERSICHERUNG,**
Freiburgstrasse 370, 3018 Bern

Beklagte

und

B. **VERSICHERUNGSGESELLSCHAFT AG,**

vertreten durch lic. iur. Stefano Cocchi, Rechts-
anwalt,

Nebenintervenientin

betreffend

Leistungen aus Versicherungsvertrag

hat sich ergeben :

A. - Am 29. September 2002 ist X. über seinen Hund gestolpert und gestürzt. Im Sturz konnte er sich an einem Türrahmen auf-fangen, wobei es allerdings bei diesem Ereignis zu einem Spreiztrauma des linken Hüftgelenkes und Distorsionstrauma des rechten Kniegelenkes kam. Noch am Unfallnachttag vom 30. September 2002 hat sich X. ger mit massiven Hüftbeschwerden zu seinem Hausarzt Dr. med. E. begeben. Dieser hat eine massiv schmerzhaft eingeschränkte Flexion der Innen- wie Aussenrotation im Bereich des linken Hüftgelenkes festgestellt. Die Röntgenbilder des Beckens zeigten einen schwer deformierten Hüftgelenkkopf links. Dr. med. E. hat X. in der Folge mit Schreiben vom 1. Oktober 2002 zum Hüftchirurgen ins Balgristspital in Zürich über-wiesen. Am Abend des 17. Oktober 2002 hat sich X. zufolge Abwesenheit seines Hausarztes Dr. med. E. dringend bei Dr. med. F. gemeldet, weil er, obwohl er an Stöcken gegangen ist, massiv einschiessende Schmerzen verspürt hat. Dr. med. F. hat in sei-nem Bericht vom 18. Oktober 2002 an die A. Versicherung festgehalten, dass bei dieser Konsultation die massive Spreizverletzung der linken Hüfte im Vordergrund gestanden sei, durch welche eine vorbestehende asymptomati-sche Hüftarthrose akut schmerzhaft geworden sei. Weiter hat Dr. med. F. eine massive Einblutung ins linke Hüftgelenk festgestellt. Durch den Sturz vom 29. September 2002 sei eine dringliche Indikation zur Operation des linken Hüftgelenkes entstanden.

Am 25. November 2002 hat sich X. einer Hüften-doprothesenoperation im Kantonsspital Nidwalden unterziehen lassen. In der Folge war er bis zum 15. März 2003 zu 100 % und vom 16. März 2003 bis zum 30. April 2003 zu 50 % arbeitsunfähig.

B. – Nach unvermitteltem Sühnever such vor Friedensrichteramt Ennetbürgen vom 16. Oktober 2003 reichte X. durch seinen Rechtsvertreter am 23. Dezember 2003 beim Kantonsgericht Nidwalden Klage gegen die A. Versicherung ein mit folgenden Anträgen:

- " 1. Die Beklagte habe dem Kläger aus dem Unfallereignis vom 29. September 2002 Fr. 113'215.60 zuzüglich 5 % Zins auf Fr. 23'215.60 (Taggeld) seit mittlerem Verfall 01. Februar 2003 und auf Fr. 90'000.-- (Invaliditätskapital) seit 01. Mai 2003 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Im Wesentlichen machte er geltend, er habe mit der Beklagten eine Unfallversicherung, Bezeichnung aa., abgeschlossen. Versichert sei unter anderem der Heilungskostenzusatz, ein Taggeld von Fr. 200.00 mit einer Wartefrist von 30 Tagen und ein Invaliditätskapital von Fr. 300'000.00. Die Beklagte habe einzig Taggeld für die Zeit vom 30. Oktober 2002 bis 31. März 2003 von Fr. 8'384.40 aufgrund einer ebenfalls bei ihr abgeschlossenen Krankenversicherungspolice bezahlt, obwohl heute unbestritten sei, dass es sich beim Ereignis vom 29. September 2002 um einen Unfall im Rechtssinne handle. Die Beklagte wende jedoch ein, es liege ein krankhafter Vorzustand vor; er habe bereits vor dem Unfallereignis unter einer massiven Arthrose gelitten. Ihre Argumentation sei jedoch unzutreffend. Analog der Regelung im UVG- und im Haftpflichtbereich müsse auch vorliegend, wo das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) zur Anwendung gelange, das Unfallereignis nicht die ausschliessliche Ursache des eingetretenen Gesundheitsschadens sein. Es genüge, wenn es eine Teilursache, eine condition sine qua non für die Schädigung sei. Aus diversen Schreiben von Dr. med. E. gehe hervor, dass er sich zwar bereits vor Jahresfrist wegen der linken Hüfte habe behandeln müssen. Die Hüfte sei aber nach konservativer Therapie wieder absolut asymptomatisch geworden. So sei er denn auch wegen seiner linken Hüfte bis zum Unfallereignis nicht arbeitsunfähig gewesen. Der Unfall vom 29. September 2002 stelle folglich eine condition sine qua non für die Operation und die anschliessende Arbeitsunfähigkeit dar, womit der kausale Zusammenhang gegeben sei. Somit habe er aufgrund seiner Einzelunfallpolice aa. An-

spruch auf ungeschmäleretes Taggeld für die Zeit seiner 100 bzw. 50 %-igen Arbeitsunfähigkeit. Weil er aufgrund des Unfalls eine Totalprothesenplastik habe einbauen lassen müssen, stehe ihm im Weiteren auch eine Invaliditätsschädigung zu. Er habe sich in relativ jungen Jahren der Operation unterziehen lassen müssen. Es sei notorisch, dass Hüftprothesen zu Arthrosenbildungen führen könnten und dass sie insbesondere nach 10 bis 15 Jahren ausgewechselt werden müssten. Gemäss der in der Allgemeinen Bestimmungen zur Unfallpolice aa. aufgeführten Skala liege in seinem Fall ein Invaliditätsgrad von 30 % vor, woraus ein Invaliditätskapital von 40 %, somit von Fr. 120'000.00 resultiere. Davon sei für den Vorzustand ein Abzug von 25 % vorzunehmen, was zu einem Invaliditätsanspruch von Fr. 90'000.00 führe.

C. – Mit Rechtsantwort vom 20. Februar 2004 verlangte die Beklagte die vollumfängliche Klageabweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers.

Sie bestritt hauptsächlich, dass die Hüftendoprothesenoperation des Klägers eine Folge des Sturzes vom 29. September 2002 sei und beantragte diesbezüglich ein medizinisches Gutachten. Aus medizinischer Sicht werde auch die Aussage von Dr. med. F. bestritten, wonach die Untersuchung eine massive Einblutung im linken Hüftgelenk des Klägers gezeigt habe. Eine solche Diagnose könne mit den heute bekannten Untersuchungsmethoden nicht gestellt werden. Der Status quo ante sei schon vor dem Operationstermin vom 25. November 2002 erreicht worden. Die Röntgenbilder würden deutlich den medizinisch nicht bestrittenen, massiven degenerativen Vorzustand des linken Hüftgelenks des Klägers aufzeigen. Zudem sei das Ereignis vom 29. September 2002 als Bagatelle einzustufen. Gemäss Unfallerkklärung sei es nicht einmal zum Sturz gekommen. Der Vorgang sei – aufgrund der vorbestehenden Arthrose – sicher schmerzhaft gewesen, jedoch sei gänzlich unvorstellbar, dass ein solcher Unfallhergang generell geeignet sei, auch nur teilweise Ursache der zwei Monate später vorgenommenen Totalprothesenarthroplastik zu sein. Bei der von den Ärzten diagnostizierten Spreizverletzung

bzw. Distorsion sei mit Blick auf den leichten Schweregrad des Unfalls gemäss ihres beratenden Arztes Dr. G. mit einer Abheilung innerhalb von wenigen Tagen bis maximal sechs Wochen zu rechnen. Mit anderen Worten sei der Status quo ante nach spätestens sechs Wochen erreicht. Was sich nachher allenfalls noch an subjektiven Schmerzen manifestiere, sei auf den krankhaften Vorzustand zurückzuführen. Ausgeschlossen sei wiederum, dass eine simple Distorsion acht Wochen später zu einer operativen Einsetzung eines künstlichen Hüftgelenkes führen könne. Dementsprechend lese sich auch der Operationsbericht wie ein ganz normaler Bericht eines ganz normalen Eingriffs bei einem Patienten der an einer krankhaft degenerativen Coxarthrose leide. Da der Status quo ante vor der Operation erreicht worden sei und die Totalprothesenarthroplastik in keinem Zusammenhang mit dem Bagatellunfall vom 29. September 2002 stehe, sei a priori auch der Anspruch auf Unfalltaggeld für die Erwerbsunfähigkeit nach der Operation vom 25. November 2002 sowie die geforderte Invaliditätsentschädigung zu verneinen. Im Übrigen werde ein allfälliges Invaliditätskapital nicht von ihr, sondern von der B. Versicherungsgesellschaft ausbezahlt. Aus diesem Grund werde dieser gemäss Art. 46 ZPO der Streit verkündet.

D. – Mit Replik vom 2. April 2004 und Duplik vom 14. Mai 2004 erneuerten die Parteien ihre Rechtsbegehren. Sie hielten im Wesentlichen an den Ausführungen ihrer ersten Rechtsschrift fest und bestritten die gegnerischen Darstellungen. Von der Möglichkeit, gegen die in der Duplik angeführten Beweismittel Beweiseinrede zu erheben, sah der Kläger mit Schreiben vom 19. Mai 2004 ab.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird, soweit sinnvoll und erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

E. – Mit Schreiben vom 26. April 2004 teilte die B. Versicherungsgesellschaft AG durch ihren Rechtsvertreter mit, dass sie sich als Nebenintervenientin im Sinne von Art. 47 ZPO am Prozess beteilige.

F. – Den Parteien wurden mit Verfügung vom 22. September 2004 Expertenvorschläge für das von der Beklagten beantragte Gutachten unterbreitet und die Möglichkeit geboten, konkrete Expertenfragen einzureichen. Am 15. November 2004 erteilte die Prozessleitung Dr. med. H. den Expertiseauftrag.

G. – Am 4. August 2005 erstattete der Experte seinen Bericht. Die Expertise wurde den Parteien mit Schreiben vom 8. August 2005 zur Kenntnis gebracht und ihnen die Möglichkeit eingeräumt, eine Erläuterung, Ergänzung oder eine neue Begutachtung zu beantragen. Die Parteien machten davon mit Schreiben von 22. August 2005 bzw. 29. September 2005 Gebrauch. In der Folge ergänzte der Gutachter seine Expertise vom 4. August 2005 mit einem Bericht vom 15. Februar 2006. Das Gutachten und das Ergänzungsgutachten liegen bei den Akten. Auf deren Ausführungen wird, soweit sinnvoll und erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

H. – Am 17. Mai 2006 fand die Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung, Grosse Kammer II, statt. Anwesend waren der klägerische Rechtsvertreter, die Beklagte, vertreten durch lic. iur. Pascal Huber, sowie der Rechtsvertreter der Nebenintervenientin.

I. – Mit Urteil vom 17. Mai 2006 wies das Kantonsgericht Nidwalden die Klage von X. gegen die A. Kranken- und Unfallversicherung ab (ZZ 03 26). Dagegen reichte der Kläger Appellation beim Obergericht Nidwalden ein.

J. – Das Obergericht Nidwalden hiess die Appellation von X. mit Urteil vom 25. Januar 2007 gut, hob das Urteil des Kantonsgerichtes Nidwalden, Zivilabteilung, Grosse Kammer II, vom 17. Mai 2006

(ZZ 03 26), auf und wies die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.

K. – Am 8. August 2007 fand eine Beratungssitzung des Kantonsgerichtes Nidwalden, Zivilabteilung, Grosse Kammer I, in Abwesenheit der Parteien statt. Anlässlich dieser Sitzung beurteilte das Gericht die Sache abschliessend.

L. – Das Urteilsdispositiv wurde am 10. August 2007 an die Parteien und die Nebenintervenientin versandt. Mit Schreiben vom 20. August 2007 verlangte der Vertreter der A. Kranken- und Unfallversicherung und mit Schreiben vom 24. August 2007 der Vertreter von X. die vollständige Ausfertigung des Entscheides.

Das Kantonsgericht zieht in Erwägung :

1. – Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte in Zivilsachen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts richtet sich nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG [SR 272], Art. 5 Abs. 1 Zivilprozessordnung [ZPO; NG 262.1]). Gemäss diesem können die Parteien, soweit das GestG nichts anders vorsieht, für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren (Art. 9 GestG). Der Kläger leitet seinen Anspruch aus der Einzelunfallversicherung aa. der Beklagten ab. Gemäss Art. 23 der Allgemeinen Bestimmungen zur Einzelunfallversicherung (KB 4) anerkennt die Beklagte als Gerichtsstand unter anderem den Wohnsitz des Versiche-

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-Unfallversicherung aa. gegen die Folgen eines Nichtberufsunfalls zusatzversichert. Gemäss Art. 8 Abs. 1 der Allgemeinen Bestimmungen (AGB) zur Einzelunfallversicherung (KB 4) zahlt die Beklagte im Falle einer vorübergehenden 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 auszurichten (Art. 88 Abs. 1 VVG; SR 221.229.1). Diese Bestimmung liefert die rechtlichen Grundlagen für die Bemessung und Berechnung der Invaliditätsentschädigung 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: Heinrich 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 Privatassekuranz mit ihren Versicherungsnehmern statt Kollektivunfallversicherungsverträgen nun die gesetzlichen Unfallversicherungs-Verträge ab. Diese Verträge unterstehen der Gesetzgebung über die obligatorische Unfallversicherung

(Art. 68 UVG). Die meisten Versicherungsnehmer schliessen mit den Versicherungsgesellschaften allerdings Zusatzverträge ab (sog. UVGZ-Verträge), in deren allgemeinen Bedingungen auf die Vorschriften der obligatorischen Unfallversicherung (UVG und UVV) verwiesen wird. Diese sog. UVGZ-Verträge unterstehen 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 aa. 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 aa. 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,

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 entfiere (BGE 119 V 337 Erw.1; 117 V 360 Erw. 4a mit Hinweisen).

2.2.2. Für die Leistungspflicht muss nebst 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 Sozialversicherungs- als auch im Haftpflichtrecht eine Begrenzung der Haftung. Sie dient als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der unter Umständen der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu

sein. Beim adäquaten Kausalzusammenhang im Sinne der genannten Umschreibung 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 sozialen Unfallversicherung höhere Anforderungen gestellt als im privaten Haftpflichtrecht. 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 Gesundheitsschäden 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 vorbestehendes Leiden des Geschädigten für den Umfang der Haftpflichtansprüche 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 Kürzung der Entschädigungszahlung Rechnung tragen. Die Zurechnung kann auch in Grenzfällen nicht abgestuft werden, sondern nur über den adäquaten Kau-

salzusammenhang und damit über den Haftungsgrundsatz erfolgen. Im Haftpflichtrecht dagegen kann der geringen Intensität einer Unfallursache im Zusammenspiel mit anderen im Rahmen der Ersatzbemessung Rechnung getragen 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 Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (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 insbesondere 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 überwiegenden 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. hypothetischen Kausalzusammenhang (BGE 4C.222/2004 vom 14. September 2004 mit weiteren Hinweisen).

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

2.3.1. Dr. med. H. beurteilte in seiner Expertise vom 4. August 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 Coxarthrose links bestanden, welche gemäss Aussagen des Klägers weitgehend asymptomatisch gewesen sei. Aus den Akten gehe hervor, dass die Konsultation inkl. radiologischer Abklärung der Hüfte im Juli 2001 ohne wesentliche Hüftbeschwerden 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 widerspreche nicht den Angaben des Klägers, dass der weitere Verlauf bis zum September 2002 weitgehend problemlos und weitgehend beschwerdefrei verlaufen sei. Ein Bagatell-Trauma wenige Tage vor dem besagten Ereignis vom 29. September 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 hätten. Eine durch ein Trauma einwirkende äussere Kraft auf eine bestehende Coxarthrose könne eine akute Beschwerdezunahme auch ohne Vorliegen dieser 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 traumatisierten Coxarthrose. Der Arthrosegrad sei bereits damals stark fortgeschritten gewesen. In welcher Zeit eine Remission der traumabedingten Verschlimmerung erwartet werden dürfe und ob überhaupt mit einer solchen gerechnet werden könne, lasse sich im Einzelfall nicht festlegen. Erfahrungsgemäss sei das Regenerationspotential eines Arthrosegelenkes mit zunehmendem Schweregrad eingeschränkt und man sehe recht häufig, dass Einwirkungen äusserer Kräfte bei Unfällen bei fortgeschrittener Arthrose einen definitiven richtungswei-

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 Resultat 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 arthrotisch verändertes Gelenk nicht nur zu einer vorübergehenden Verschlimmerung führen, sondern sogar eine solche als dauernd und richtungsgebend beeinflussen. Bei der Indikationsstellung zur Totalprothesenarthroplastik bei rein degenerativem Gelenksleiden spiele der Leidensdruck eine ausschlaggebende Bedeutung. Bis zum Unfall habe kein bedeutender Leidensdruck bestanden. Im Weiteren hielt der Gutachter fest, dass eine massive Einblutung ins linke Hüftgelenk, wie sie Dr. med. F. 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 angefertigten Röntgenbilder vom 30. September 2002 und auch vom 17. Oktober 2002 keine Anhaltspunkte für eine solche Einblutung zeigen. Hierzu gelte es anzu-

merken, dass das Vorliegen einer solchen Einblutung zwar eine Verletzung beweisen könne, dass aber daraus nicht der Umkehrschluss gezogen werden dürfe. Die Traumatisierung einer Hüftarthrose brauche keineswegs eine Einblutung zu verursachen. Gefragt, ob das vom Kläger geschilderte Ereignis vom 29. September 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 Sicherheit nicht den gleichen Verlauf genommen hätte (Gutachten S. 6). Objektivmedizinische 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. H. 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-

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 aufgetreten 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-

fluss auf den Verlauf. Bei schwerem Arthrosegrad und Trauma bestünden demnach schlechtere Aussichten auf die Beschwerderegressionsfähigkeit 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 Langzeitergebnissen 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

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. H. 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

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 aa. (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 Vorzu-

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.)

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 auszulegen, wie sie der Versicherungsnehmer verstanden hat und nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, der Verkehrssitte sowie Treu und Glauben verstehen 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.

In Art. 8 AVB ist geregelt, dass die A. 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 vorbestandenen 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

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 vorbestandenen 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.).

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 Schadensersatzes 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 27. Februar 2007 Erw. 5.1 mit weiteren Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann aber auch der geringen Intensität der Unfallursache im Rahmen der Ersatzbemessung Rechnung getragen werden. Auf diese Weise kann der Richter, der in einem Grenzfall zugunsten des Geschädigten zwar die Adäquanz bejaht, den Schadenersatz aber herabsetzt, eine ausgewogene Lösung finden (BGE 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 Erw. 5.4; BGE 123 III 115 Erw. 3c).

3.2.1. Bei der Taggeldversicherung handelt es sich um Leistungen aus einer Personenversicherung (= Summenversicherung; ILERI, a.a.O., N. 61 zu Art. 88 VVG). Bei der Summenversicherung ist – unabhängig davon, ob ein Schaden vorliegt – die zum Voraus vereinbarte Summe zu zahlen, sobald das befürchtete Ereignis eingetreten ist (BGE 104 II 50 Erw. 4c).

Die Parteien haben unter Art. 8.1 AVB vereinbart, dass die Beklagte im Falle einer vorübergehenden vollständigen Arbeitsunfähigkeit während der Dauer der ärztlich bestätigten Arbeitsunfähigkeit für jeden Tag des Jahres die vereinbarte Taggeldversicherung ausbezahlt. Im Falle einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit beschränkt sich die Taggeldversicherung auf den Betrag, welcher dem Grad der Arbeitsfähigkeit entspricht (Art. 8.2 AVB). Grundsätzlich berechnet sich das Taggeld des Klägers also wie folgt: Der Kläger erhält für die Tage, an denen er arbeitsunfähig war je Fr. 200.00, bzw. für jene Tage, an welchen nur eine 50 %ige Arbeitsunfähigkeit bestand, Fr. 100.00. Dies nach Ablauf einer Wartefrist von 30 Tagen. Somit errechnet sich bei einer 100 %igen Arbeitsunfähigkeit vom 29. Oktober 2002, also nach Ablauf der Wartefrist, bis zum 15. März 2003 und einer 50 %igen Arbeitsunfähigkeit vom 16. März 2003 bis zum 30. April 2003 ein Taggeldanspruch von insgesamt Fr. 31'600.00 (135 x Fr. 200.00 und 46 x Fr. 100.00). Zieht man davon die von der Beklagten unbestrittenermassen bereits geleistete Zahlung von Fr. 8'384.40 ab, so ergibt sich ein restlicher Anspruch von Fr. 23'215.60. Nachdem nun aufgrund der voranstehenden Ausführungen feststeht, dass auch die Taggelder dem Art. 13 AVB und damit einer möglichen Leistungskürzung unterliegen, stellt sich vorliegend somit die Frage, ob der Taggeldanspruch zu kürzen ist und falls ja, um wie viel.

3.2.2. Wie dem Gutachten sowie dem Ergänzungsgutachten von Dr. med. H. entnommen werden kann, war der massiv degenerative Vorzustand bis zum Unfall vom 29. September 2002 weitgehend asymptotisch. Es bestanden offenbar keine Hinweise für Beschwerden bis zum Unfall. Der degenerative Vorzustand stelle sicherlich eine *Conditio sine qua non* dar. Es brauche sowohl eine Hüftarthrose als auch ein Trauma, um die doch in der Folge recht starken Beschwerden des Patienten erklären zu können. Welche Symptome und welcher zeitliche Verlauf bei gleichem Traumamechanismus auf ein gesundes Hüftgelenk aufgetreten wären, in der Annahme, dass keine Fraktur und keine Luxation zustande gekommen wäre, sei hypothetisch. Sicherlich aber hätte dies zu einer anderen Diagnose geführt, entweder in der Art einer Muskel- oder Bänderzerrung. Bei diesen Verletzungen wäre die Prognose na-

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 vorliegend zu beurteilenden Unfallereignis vom 29. September 2002 um einen Bagatellunfall 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 Gelenkluxation. 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 Bagatellunfall 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 geringen Intensität der Unfallursache bzw. einem Bagatellunfall.

Geht man also davon aus, dass vorwiegend unfallfremde Faktoren – nämlich die unbestrittenermassen vorbestehende Hüftarthrose – zur Hüftoperation 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 Auffahrunfall, 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 beurteilenden, 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 Beschwerden des Klägers geführt haben. Es liegt ein vorbestehendes Arthroseleiden 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 Arthroseleiden – 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.

4. – Der Kläger verlangt weiter die Ausrichtung einer Invaliditätsentschädigung im Betrag von Fr. 90'000.00. Der Kläger habe sich eine Totalprothesenarthroplastik 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

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 B. 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

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

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. H. 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. H. 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).

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.

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 $\frac{2}{3}$ 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 bezweckt, 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).

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 aufzuerlegen (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

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 widerspruchslos 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 Klagebegehren 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.

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 Parteientschädigung wird nach den Gebührevorschriften 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 vorgenannten 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

Partei, wenn sie ohne Vertreter handelte (§ 42 Abs. 2 Ziff. 3 PKoV). In Anbetracht dieser Grundsätze scheint vorliegend eine Parteientschädigung von Fr. 400.00 als angemessen.

7.3. Der Kläger hat der Beklagten somit ausgangsgemäss 4/5 der Parteikosten resp. Fr. 320.00 zu bezahlen. Die Beklagte hat dem Kläger an seine Parteikosten 1/5 resp. Fr. 1'549.45 zu bezahlen.

Demnach erkennt das Kantonsgericht :

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger aus dem Unfallereignis vom 29. September 2002 Fr. 22'148.95 zuzüglich Zins auf Fr. 2'148.95 (Taggeld) seit 1. Februar 2003 und auf Fr. 20'000.00 (Invaliditätskapital) seit 1. Mai 2003 zu bezahlen.
2. Die Gerichtskosten betragen in Anwendung der §§ 3 ff., 14, 37 und 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.

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 Händen 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.

Stans, 8. August 2007

**KANTONGERICHT NIDWALDEN
ZIVILABTEILUNG / GROSSE KAMMER I**

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

versandt am: