



Kantonsgericht von Appenzell Ausserrhoden
2. Abteilung

Urteil vom 14. Dezember 2010

Mitwirkende	Kantonsgerichtspräsidentin Eva Ziegler Kantonsrichterinnen Vera Caroni, Gabriela Cavelti Kantonsrichter Emmanuel Anrig, Johann Kreuzinger Kantonsgerichtsschreiberin Silja-Lea Häuptle
Verfahren Nr.	K2Z 06 53
Sitzungsort	Heiden
Kläger	X vertreten durch: RA lic. iur. Simone Schmucki, Marktgasse 3, 9004 St. Gallen
Beklagte	Y vertreten durch: RA lic. iur. Bruno Hubatka, Obere Bahnhof- strasse 24, 9500 Wil SG
Gegenstand	Forderung

Rechtsbegehren

a) Kläger

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 37'214.45 nebst Zins zu 5% seit 28. November 2005 zu bezahlen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

b) Beklagte

Die Klage sei, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers abzuweisen.

Sachverhalt

A. Übersicht

Der Kläger hatte im Jahr 1990 einen Sportunfall und musste deshalb 1996 in Ex-Jugoslawien am rechten Knie operiert werden. In der Folge litt der Kläger gelegentlich unter Kniebeschwerden. Im Februar 2004 schlug sich der Kläger sein rechtes Knie während der Arbeit an der Ecke eines Hubwagens leicht an, woraufhin sich ein Bluterguss bildete. Dieser verheilte rasch ohne weitere Probleme. Nach ca. 2-3 Wochen verspürte der Kläger jedoch plötzlich starke und zunehmende Schmerzen im rechten Knie. Nachdem sich neben den Schmerzen auch noch eine starke Schwellung des Knies einstellte, suchte der Kläger seinen Hausarzt auf und wurde von diesem an das Spital weiterverwiesen. Vom 18. März 2004 an war der Kläger wegen der Verletzung am Knie arbeitsunfähig, wobei er zwischendurch für einige Tage seine Arbeit ganz aufnehmen konnte, teilweise aber auch nur zu 50% arbeitsunfähig war (act. 3). Die Beklagte lehnte eine Leistung von Krankentaggeldern ab, da die Arbeitsunfähigkeit auf den Unfall im Jahr 1990 bzw. auf die damit zusammenhängende Operation im Jahr 1996 zurückzuführen sei (act. 4/5). Die Suva verneinte jedoch ihrerseits eine Leistungspflicht definitiv mit Einspracheentscheid vom 6. Juli 2005 mit der Begründung, die Beschwerden seien nicht auf den nicht durch die SUVA versi-

cherten Unfall von 2004 verursacht werden, sondern auf eine Krankheit zurückzuführen (act. 4/6, 77/56).

Der Kläger fordert nun von der Beklagten die Bezahlung von Krankentaggeldern in der Höhe von CHF 37'214.45 für den Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis 29. April 2006 (303 Tage) zufolge Krankheit. Die Beklagte bestreitet diesen Anspruch zum einen mit der Begründung, es liege keine Krankheit, sondern ein Unfall vor. Zum anderen macht sie für den Fall, das doch von einer Krankheit ausgegangen wird, geltend, der Bestand der Arbeitsunfähigkeit sei nicht nachgewiesen und es lägen Verletzungen von Obliegenheiten und der Schadenminderungspflicht durch den Kläger vor.

B. Prozessgeschichte

Am Vermittlungsvorstand vom 6. Juli 2006 wurde die Offenlassung des Protokolls bis 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.

Erwägungen des Kantonsgerichts

1. Formelles

1.1 Anwendbares Recht

Die Schweizerische Zivilprozessordnung trat am 1. Januar 2011 in Kraft.¹ 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.

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.² Rechtshindernd sind Tatsachen, die sich den rechtserzeugenden, gleichsam als deren negative Voraussetzungen von Anfang an entgegenstellen, indem sie trotz voll verwirklichten rechtserzeugenden Sachverhaltes die Rechtserzeugung ausschliessen oder das vollumfängliche Auswachsen des rechtserzeugenden Sachverhaltes unterbrechen.³ Zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehören sowohl der Umfang der versprochenen Versicherungsdeckung als auch die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Versicherten.⁴ 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.⁵ 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.

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

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.

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 Bagatellunfall vom Februar 2004 zurückzuführen sind. Hierbei stützte sie sich auf die medizinische 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 Kniebeschwerden ausser Betracht. Darüber hinaus sieht die Suva klar eine Synovialitis und damit 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. 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. 11 f.) und schliesslich eine äusserst dürftige Beurteilung der medizinischen Situation (act. 3 S. 13).

Die Beklagte selbst gibt auf S. 9 der Klageantwort zu erkennen, dass es sich bei PD Dr. D um einen ihrer Vertrauensärzte handelt (act. 13). In ihrem Schreiben an den Rechtsvertreter des Klägers bestätigte die Beklagte zudem, dass die Fragen an den Gutachter gestellt wurden, ohne dass der Kläger die Möglichkeit gehabt hätte, diese zuvor einzusehen und selbst (Ergänzungs-) Fragen an den Gutachter stellen zu lassen (act. 14/28). Beim Gutachten von PD Dr. D handelt es sich somit um ein Parteigutachten der Beklagten.

Einem Parteigutachten kommt nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht die Qualität von Beweismitteln zu, sondern nur von blossen Parteivorbringen.⁶ Gemäss Art. 194 ZPO kann der Richter jedoch auch ein Privatgutachten als Beweismittel zulassen. Das Gesetz spricht sich über die Beweiskraft eines Privatgutachtens nicht aus.⁷ Der Richter bzw. das Gericht hat somit die Kompetenz, selbst zu entscheiden, ob und in welchem Mass er einem Privatgutachten Beweiskraft beimessen will. Als sachliche Beweiswürdigungskriterien gelten hierfür dieselben wie bei Gerichtsgutachten, nämlich Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit.⁸

In Bezug auf die Vollständigkeit ist festzuhalten, dass alle dem Gutachter gestellten Fragen von diesem beantwortet werden müssen.⁹ Im Weiteren müssen im Gutachten dessen tatsächlichen Grundlagen, die der Gutachter nicht selbst beschafft hat, einzeln und mit ihrem wesentlichen Inhalt rekapituliert werden, wobei insbesondere die Vorakten zu spezifizieren sind.¹⁰ 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.¹¹ Der Richter muss das Gutachten prüfend nachvollziehen können. So sind einerseits Schlussfolgerungen, für die im Gutachten jede Begründung fehlt, nicht nachvollziehbar. Nicht nachvollziehbar ist ein Gutachten anderer-

⁶ BGE 95 II 364 E. 2 S. 368; 132 III 83 E. 3.5 f. S. 88; 135 III 670 E. 3.3.1. S. 677.

⁷ Max Ehrenzeller, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A. Rh., Art. 194 N 1.

⁸ Alfred Bühler, die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, in: Jusletter 14. Mai 2007 Rz 26.

⁹ Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 83.

¹⁰ Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 85.

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.

seits auch dann, wenn die Beantwortung der Expertenfragen als apodiktische Behauptungen im luftleeren Raum stehen.¹² 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.¹³ 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.¹⁴

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

¹² Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 91 ff.

¹³ Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 94 f.

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.

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.

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).

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.¹⁵ 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-Arzt¹⁶ 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 ihrer Einsprache-Entscheidung vom 6. Juli 2005 auf die später eingeholte versicherungsmedizinische Stellungnahme von

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.

¹⁶ Vermutlich gemeint ist act. 77/12.

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 wetterfühliger 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

1998 eine Schwellung des Knies nach vermehrter Strapazierung vermutet wurde. Anderes 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. Ein 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 *Kniereizerscheinungsbildern*. 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

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.¹⁷

a) In Bezug auf die Vollständigkeit ist festzuhalten, dass alle dem Gutachter gestellten Fragen von diesem beantwortet werden müssen.¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰

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.

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.

¹⁸ Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 83.

¹⁹ Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 85.

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.

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

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.²² 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.²³

Gemäss der vorgängigen Darstellung bestehen zwei Meinungen: Nach der einen (beklaglichen) Auffassung soll die Ursache der Kniebeschwerden des Klägers auf den nicht Suva versicherten Unfall von 1990 mit Operation im Jahr 1996 zurückzuführen sein, wogegen 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

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

²² Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 21. Juni 2010 Rz 94 f.

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.²⁴

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.

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 29. April 2006 geltend bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100% bis 3. April 2006, danach von 70% bis 29. April 2006 (act. 3 S. 16). Die Beklagte dagegen bestreitet den Fortbestand der Krankheit an sich (act. 13, 22, 120). Stattdessen macht sie einerseits eine Verletzung der Schadenminderungspflicht durch eine fehlende bzw. mangelhafte IV-Anmeldung (act. 13, 22), andererseits Obliegenheitsverletzungen dadurch geltend, dass der Kläger es wegen der ablehnenden Haltung der Beklagten unterlassen habe, der Beklagten trotzdem Anzeigen über seinen Gesundheitszustand darzulegen (vgl. Plädoyernotizen).

2.3.2 Bestand der Arbeitsunfähigkeit vom 1. Juli 2005 bis 29. April 2006

Die Beklagte bringt im Wesentlichen vor, dass der Bestand der Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis zum 29. April 2006 nicht erwiesen sei. So lägen ausser der Berichterstattung von Dr. C an die Adresse des Anwalts des Klägers keine Arztzeugnisse vor. Zudem fänden sich keine entsprechenden Vermerke weder in den diversen Berichterstattungen des Kantonalen Spitals Q noch in der Berichterstattung des Hausarztes. Schliesslich wird auch die Verwertbarkeit der Aussagen des Rheumatologen, wonach eine Arbeitsunfähigkeit von 70% in der bisherigen Tätigkeit bzw. eine Arbeitsfähigkeit von 100% für eine leichte, nicht Knie belastende Tätigkeit besteht, bestritten (act. 13 S. 12, 120).

Bei einem Arztzeugnis handelt es sich grundsätzlich um eine reine Parteibehauptung, deren Beweiswert der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt. Der Richter kann sich daher über den ärztlichen Befund des Arztzeugnisses hinwegsetzen, wenn aus den Umständen zu schliessen ist, dass eine effektive Arbeitsunfähigkeit nicht bestanden hat.²⁵ Umgekehrt muss es folglich bei Fehlen von Arztzeugnissen möglich sein, aus den Umständen auf das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit zu schliessen. Das Vorliegen von Arztzeugnissen stellt damit keine absolute Voraussetzung für das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit dar.

²⁵ Roland Müller, in: AJP/PJA 2010 Seite 169.

Der Hausarzt des Klägers hielt in seinem Schreiben vom 3. April 2006 an die Rechtsvertreterin des Klägers zwar fest, dass dieser vom 2. September 2004 bis zum 3. April 2006 voll arbeitsunfähig gewesen war (act. 4/9). Allerdings finden sich vorliegend keine eigentlichen Arztzeugnisse für den vom Kläger vorgebrachten Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis zum 29. April 2006 in den Akten.

Am 30. Mai 2005 hielt Dr. A in seinem Bericht fest, der Kläger klage immer noch über belastungsabhängige Knieschmerzen rechts (act. 46/32). Ende Juli 2005 teilte Dr. A der „Profil Arbeit und Handicap“ (act. 54/3) sowie dem Hausarzt (act. 81.23) mit, die Restarbeitsfähigkeit bei einer kniebelastenden Tätigkeit betrage 30%, für eine adaptierte Tätigkeit mind. 70%. Dr. A berichtete anfangs September 2005 zwar von einer deutlichen Besserung der Schwellung und der Beweglichkeit des rechten Knies, doch hielt er auch fest, dass der Kläger noch immer über z. T. erhebliche Schmerzen berichtete (act. 4/21). Auf dem Einweisungsformular für die N Klinik, datiert vom 10. November 2005, gab Dr. A pauschal eine bestehende Arbeitsunfähigkeit des Klägers seit September 2004 an (act. 81.11).

Infolge der Radiosynoviorthese war der Kläger vom 9. bis zum 11. Dezember 2005 hospitalisiert und es wurde ihm eine mehrtägige Schonung des Gelenkes empfohlen (act. 81.8). Im Austrittsbericht der N Klinik vom 4. Januar 2006 wird die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit mit 70%, in einer nicht kniebelastenden Tätigkeit mit maximal 30% beurteilt (act. 81.7 S. 3). In der Zwischenanamnese im Schreiben vom 16. Januar 2006 erklärte Dr. A, der Kläger habe noch variable belastungsabhängige Beschwerden, fühle sich aber in der Lage, eine sitzende Tätigkeit auszuüben und hoffe, er könne bald mit einer Ausbildung beginnen (act. 81.3). Die IV hielt in ihrem Schreiben an den Kläger vom 24. März 2006 fest, ihre Abklärungen hätten ergeben, dass er in der angestammten Tätigkeit als Produktionsmitarbeiter aus invaliditätsfremden Gründen zu 70% eingeschränkt, eine leidensangepasste Tätigkeit aber zu 100% zumutbar sei (act. 77/62). Dies stimmt auch mit dem Bericht von Dr. A vom 4. April 2006 überein, wonach sich die reaktive Arthritis nun vollständig zurückgebildet habe. Die Restarbeitsfähigkeit für eine das Knie belastende Tätigkeit wie z. B. die bisherige Tätigkeit betrage 30%. Für eine leichte, nicht Knie belastende Tätigkeit betrage die Arbeitsfähigkeit „jetzt“ dagegen 100% (act. 4/24). Dem Schreiben von Dr. C an Dr. A vom 14. Juli 2005 ist zu entnehmen, dass der Kläger gleichentags von starken Schmerzen berichtet hat, weshalb er im Moment auch keinerlei Arbeiten übernehmen und ausführen könne (act. 46/9). Der Hausarzt Dr. C führte in einem Schreiben vom 20. März 2008 weiter im Wesentlichen aus, dass der

Kläger im besagten Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis 3. April 2006 aufgrund verschiedener Krankheitsbilder wie den Kniebeschwerden, aber auch der schwer depressiven Verfassung, Krankheitsbildern an den betroffenen Atmungsorganen, einer schwer verlaufenden Symptomatik des Magens und der Verdauungsorgane sowie einer grösseren Anzahl von Beschwerden der vegetativen Organe, Kopfschmerzen, Spannungsgefühlen und der kardinalen Symptomatik voll arbeitsunfähig war (act. 46/18).

Im Gutachten der M Klinik kommen die Experten schliesslich unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zum Schluss, dass der Kläger während seiner Erkrankung bis zum Behandlungserfolg der Radiosynoviorthese, der sich in den ersten Monaten 2006 abzeichnete, von einer Arbeitsunfähigkeit für die angestammte Tätigkeit auszugehen ist (act. 104 S. 43). Dieser Schlussfolgerung ist beizupflichten. Denn gerade auch aus der Beurteilung vom 4. April 2006 von Dr. A geht hervor, dass der Kläger sogar bei einer vollständig zurückgebildeten reaktiven Arthritis in der angestammten Tätigkeit nur zu 30% arbeitsfähig ist. Andererseits wird erklärt, dass ab diesem Zeitpunkt (4. April 2006) eine 100%-ige Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit möglich ist. Aufgrund der Beurteilung sämtlicher Akten im relevanten Zeitraum bestehen somit keine Zweifel an einer überwiegenden Arbeitsunfähigkeit bzw. maximalen Restarbeitsfähigkeit von 30% des Klägers in der angestammten Tätigkeit bzw. einer mind. 70%-igen Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit, die sich ab anfangs April 2006 auf 100% erhöhte. Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers in seiner bisherigen Tätigkeit vom 1. Juli 2005 bis 29. April 2006 ist damit ausgewiesen.

2.3.3 Schadenminderungspflicht und Obliegenheitsverletzung

2.3.3.1 IV-Anmeldung

Die Beklagte erklärt, der Kläger habe seine aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen Abschnitt D2 (AVB D2) fliessende Pflicht verletzt, sich bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) anzumelden und nachzuweisen, was dort bezüglich Arbeitsunfähigkeit festgestellt wurde. Denn wenn dem Kläger IV-Leistungen zustehen würden, hätte sie, die Beklagte, ein Verrechnungsrecht gegenüber dem Kläger. Seien diesem jedoch die IV-Leistungen verweigert worden, würde dies darauf hindeuten, dass im damaligen Zeitpunkt offensichtlich keine lang andauernde Arbeitsunfähigkeit bestanden hat und deshalb keine Leistungspflicht der IV gegeben war. Gleichzeitig beantragt die Beklagte die Edition der IV-Akten (act. 13, S. 12, 22 S. 6, 120).

Aus den Akten geht klar hervor, dass der Kläger am 17. März 2005 ein Leistungsgesuch an die IV stellte, das diese jedoch aufgrund einer bestehenden Erwerbsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit abwies (act. 77/62 ff.). Die IV berechnet den Invaliditätsgrad gestützt auf die verbleibende Erwerbsfähigkeit und nicht die Arbeitsfähigkeit, wie dies bei einer Krankheit der Fall ist. Somit kann eine Person zwar in ihrem angestammten Beruf arbeitsunfähig und damit in diesem Bereich auch erwerbsunfähig sein, in einer adaptierten Tätigkeit dagegen arbeits- und somit erwerbsfähig sein. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Kläger sich entgegen der Vorbringen der Beklagten bei der IV angemeldet hat, jedoch aufgrund bestehender Erwerbsfähigkeit in adaptierter Tätigkeit mit Verfügung vom 24. März 2006 bzw. Einspracheentscheid vom 7. September 2006 keine Leistungen zugesprochen erhalten hat.

2.3.3.2 Adaptierte Tätigkeit

Eventualiter macht die Beklagte geltend, dass der Kläger bei einer allenfalls nachgewiesenen Erwerbsunfähigkeit gemäss AVB B2 Ziff. 1 Abs. 2 keine Ersatztätigkeit aufgenommen hat (act. 120).

Versichert ist gemäss AVB B2 Ziff. 1 (act. 4/26) die berufliche Tätigkeit im versicherten Betrieb und nicht etwa eine adaptierte Tätigkeit. Nur wenn eine versicherte Person nicht mehr in einem Anstellungsverhältnis steht, ist sie nach AVB B2 Ziff. 1 Abs. 2 verpflichtet, innert 180 Tagen nach der ärztlich bestätigten Erwerbsunfähigkeit eine ihrem Ausbildungs- und Berufsstand entsprechende andere Tätigkeit anzunehmen. Eine Neubeurteilung des Grades der Erwerbsunfähigkeit und eine entsprechende Kürzung des Taggeldes ist aber erst vorgesehen, wenn sich die versicherte Person weigert, sich um eine zumutbare Tätigkeit zu bemühen oder eine solche ablehnt. Aus dieser Formulierung geht implizit hervor, dass die Beklagte den Kläger nach der Kündigung der Arbeitsstelle durch dessen Arbeitgeber per 30. Juni 2005 (act. 3 S. 16) in irgendeiner Form zur Aufnahme einer adaptierten Tätigkeit hätte auffordern müssen, da sie sonst eine diesbezügliche Weigerung oder Ablehnung gar nicht hätte feststellen können. Aus den Akten ist zudem ersichtlich, dass bei der IV Abklärungen seit dem 27. Mai 2005 betreffend Arbeitsvermittlung liefen, also noch vor der Kündigung der Arbeitsstelle durch den Arbeitgeber per 30. Juni 2005 (act. 77/62 ff.). Es kann somit nicht die Rede davon sein, dass der Kläger die Aufnahme einer adaptierten Tätigkeit im Sinne der AVB verweigert oder abgelehnt hätte. Nebenbei ist äusserst fraglich, ob dem Kläger bis zum Beginn seiner Genesung Anfang 2006

eine Eingliederung bei einem neuen Arbeitgeber aufgrund der anhaltenden medizinischen Betreuung überhaupt zumutbar gewesen wäre (act. 104 S. 43).

Die Beklagte stützt sich weiter auf das Urteil des Bundesgerichts 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002. Dabei verkennt die Beklagte, dass sie aus diesem Urteil gerade nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Das Bundesgericht erkennt zwar, dass den Krankentaggeldversicherten eine Schadenminderungspflicht trifft, wenn er in der bisherigen Tätigkeit arbeitsunfähig, in einer adaptierten Tätigkeit jedoch voll arbeitsfähig ist. Die Beklagte übersieht aber, dass sie selbst den Kläger zur Aufnahme einer adaptierten Tätigkeit auffordern und ihm hierzu eine angemessene Frist von drei bis fünf Monaten hätte setzen müssen. Weder hat die Beklagte je behauptet, dass sie dem Kläger eine solche Frist gesetzt hat, noch findet sich in den Akten ein Hinweis auf eine solche Aufforderung seitens der Beklagten. Darüber hinaus war der Kläger bis Anfang April 2006 in ständiger medizinischer Behandlung aufgrund der nach wie vor bestehenden Gelenkentzündung, weshalb ihm die Aufnahme einer adaptierten Tätigkeit wohl kaum hätte zugemutet werden können (vgl. act. 104 S. 43). Der Kläger war somit nicht verpflichtet, einer adaptierten Tätigkeit nachzugehen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Beklagte den Kläger sowohl gestützt auf ihre AVB als auch auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Aufnahme einer adaptierten Tätigkeit hätte anhalten müssen, was sie nicht getan hat. Eine Weigerung oder Ablehnung zur Aufnahme einer adaptierten Tätigkeit durch den Kläger ist nicht nachgewiesen. Der Kläger hat eine diesbezügliche Schadenminderungspflicht somit nicht verletzt.

2.3.3.3 Ärztliche Behandlung oder Kontrolle

Die Beklagte macht eine Obliegenheitsverletzung dadurch geltend, dass entgegen der in den AVB D2 auf Seite 5 (act. 4/26) festgehaltenen Regelung der Kläger nicht mindestens alle vier Wochen in ärztlicher Behandlung gewesen sei und er dies nicht nachgewiesen habe (Plädoyernotizen, act. 120).

Vorab ist festzustellen, dass gestützt auf die AVB D2 keine Pflicht zum Nachweisen von ärztlichen Behandlungen oder Kontrollen besteht oder ableitbar ist. Denn in dessen Absatz 3 heisst es lediglich, dass bei vorübergehender Erwerbsunfähigkeit Taggeldleistung-

gen nur erbracht werden, wenn die versicherte Person in regelmässiger ärztlicher Behandlung oder Kontrolle (mindestens einmal alle 4 Wochen) steht.

Aus den Akten lassen sich im Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis 29. April 2006 mindestens folgende ärztliche Behandlungen bzw. Kontrollen rekonstruieren:

- (31.05.2005: Neurologische Untersuchung am Spital O (act. 81.17))
- 14.07.2005: Sprechstunde bei Dr. C, Hausarzt (act. 81.18)
- 18.07.2005: Untersuchung bei Dr. A (act. 81.23)
- 16.08.2005: MRI Knie rechts im Spital P (act. 81.15)
- 29.08.2005: Sprechstunde bei Dr. A, nächster Termin 03.10.2005 (act. 81.24)
- 30.08.2005: Blutentnahme (act. 81.26)
- 03.10.2005: Sprechstunde bei Dr. A, Anmeldung des Patienten für eine weitere Serie Physiotherapie (act. 81.35)
- 28.10.2005: Untersuch bei Dr. B (act. 81.29)
- 21.11.2005: 3-Phasen-Teilskelettezintigrafie der Knie beim Spital O (act. 81.16)
- 23.11.2005: Sprechstunde bei Dr. B (act. 81.9)
- 02.12.2005: ambulante Aufnahme im Spital Q (act. 81.70)
- 09.-11.12.2005: Radiosynoviorthese des rechten Kniegelenks, Hospitalisation (act. 81.8)
- 02.-03.01.2006: Hospitalisation in N Klinik (act. 81.7)
- 16.01.2006: Sprechstunde bei Dr. A (act. 81.3)
Kontrolluntersuchung in drei Monaten, erneute Anmeldung zur Physiotherapie
- 03.04.2006: Sprechstunde bei Dr. A (act. 81.2)
Kontrolle von Blutbild, Kreatinin und Leberwerte alle 2-3 Monate durch Hausarzt, nächster Termin bei A in ½ Jahr

Aus dieser Auflistung wird klar, dass der Kläger im relevanten Zeitraum in regelmässiger ärztlicher Behandlung stand. Nicht klar ist jedoch der Text der AVB der Beklagten. Denn in Abschnitt D2 Abs. 3 heisst es wörtlich, dass der versicherten Person die Taggeldleistungen nur erbracht werden, wenn diese „in regelmässiger ärztlicher Behandlung oder Kontrolle (mindestens einmal alle 4 Wochen) steht“. Fraglich ist zum einen, ob sich das „regelmässig“ nur auf „ärztliche Behandlung“ und die Klammer „(mindestens einmal alle 4 Wochen)“ nur auf „Kontrolle“ bezieht oder ob der Inhalt der Klammer als Definition von „regelmässig“ zu verstehen ist. Zum anderen stellt sich die Frage, ob sich „mindestens

einmal alle 4 Wochen“ auch auf einen Durchschnittswert beziehen kann. In Abgrenzung der Begriffe „Behandlung“ und „Kontrolle“ zueinander scheint ersterer gegenüber dem zweiten in seiner Art intensiver zu sein. Schon deshalb würde sich eine Zuordnung von „regelmässig“ zu Behandlung und der Inhalt der Klammer zu Kontrolle rechtfertigen. Es kann jedoch nicht gemeint sein, dass eine versicherte Person, die nachweislich in regelmässiger ärztlicher Behandlung steht und deren aktueller Gesundheitszustand ausnahmsweise keine engmaschigeren Kontrollen erfordert, nur deshalb weitere Termine wahrnehmen muss, um einer Obliegenheit des Versicherers zu genügen, obwohl aus dem bisherigen Verlauf auch diesem klar sein müsste, dass keine bzw. nur eine stark reduzierte Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit besteht. Dem Grundsatz „in dubio contra stipulatorem“ folgend ist die entsprechende Regelung daher dahingehend auszulegen, dass eine ärztliche Behandlung auch dann regelmässig ist, wenn einzelne Termine innerhalb eines längeren Behandlungszeitraumes ausnahmsweise den Abstand von 4 Wochen überschreiten.

Vorliegend war der Abstand zwischen den einzelnen Terminen in drei Fällen länger als 4 Wochen. So zwischen dem 18. Juli und 16. August 2005, wobei die 4 Wochen (bzw. 28 Tage) lediglich um einen Tag überschritten wurden. Diese Überschreitung ist demnach als vernachlässigbar einzustufen. Der Terminabstand zwischen dem 30. August 2005 und 3. Oktober 2005 beträgt knapp 5 Wochen, wobei der behandelnde Arzt den Termin für den Oktober bereits in der Sprechstunde Ende August festgesetzt hatte (act. 81.24). Auch dieser Termin muss aufgrund der eher geringen Überschreitung und der Tatsache, dass der zweite Termin vom behandelnden Arzt so festgesetzt wurde, noch als tolerabel gelten. Der längste Abstand liegt mit beinahe 11 Wochen zwischen den Sprechstunden vom 16. Januar 2006 und 3. April 2006, also am Behandlungsende bzw. nach Eintreten eines Behandlungserfolges. Auch hier hat der behandelnde Arzt den Termin vom 3. April 2006 bereits am 16. Januar 2006 angesetzt (act. 81.3). Somit fällt gerade einmal eine Überschreitung wirklich ins Gewicht, die zudem noch am Ende der Behandlung erfolgte. Durchschnittlich gesehen war der Kläger im Übrigen mindestens alle 3 Wochen in ärztlicher Behandlung oder Kontrolle. Die ärztliche Behandlung war somit regelmässig. Eine Obliegenheitsverletzung der AVB ist daher zu verneinen.

2.4 Berechnung des Taggeldanspruchs

Der Kläger hat, nach einer Wartefrist von 30 Tagen, Anspruch auf insgesamt 700 Taggelder in Höhe von 80% des Tageslohnes (act. 4/25 S. 4).

Der Kläger verlangt die Bezahlung von insgesamt 303 (Rest-) Taggeldern für den Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis 29. April 2006 (act. 3 S. 16). Die Anzahl der Taggelder an sich wird von der Beklagten nicht bestritten (act. 13 S. 11) und ergibt sich im Übrigen aus den Akten (vgl. auch act. 4/27). Damit stehen dem Kläger noch 303 Taggelder zu.

Das Taggeld wird gestützt auf den AHV-pflichtigen Lohn zuzüglich Familien- und Kinderzulagen, bis zu CHF 200'000.00 pro Person und Jahr berechnet. Für versicherte Personen, für welche ein fester Jahreslohn versichert ist, gilt dieser. Der so errechnete massgebende Jahreslohn wird durch 365 geteilt (act. 4/26 C 6). Das Taggeld entspricht schliesslich 80% eines Tageslohnes (act. 4/25 S. 4) und wird ab einer Erwerbsunfähigkeit von 66 2/3% in vollem Umfange ausgerichtet (act. 4/26 C1).

Der Jahreslohn des Klägers beträgt CHF 49'200.00, die Kinder- und Familienzulagen CHF 6'840.00²⁶ (act. 14/4, 18/28). Dies ergibt zusammengezählt einen taggeldrelevanten Jahreslohn von CHF 56'040.00 bzw. einen Tageslohn von CHF 153.53. Ein Krankentaggeld beträgt folglich CHF 122.82²⁷. Der Kläger war während der gesamten Krankheitsphase zu mindestens 70% in seiner angestammten Tätigkeit arbeitsunfähig. Der Kläger hat somit für die verbleibenden 303 Resttage einen (vollen) Taggeldanspruch gegenüber der Beklagten von insgesamt CHF 37'214.45 (abgerundet).

2.5 Zins

Der Kläger stellt für den Beginn des Zinsenlaufes auf den mittleren Verfall zwischen dem 1. Juli 2005 (Anspruchsbeginn) und 29. April 2006 (Anspruchsende) ab (act. 3 S. 17) und fordert einen Zins von 5% ab dem 28. November 2005. Die Beklagte hat sich zum Beginn des Zinsenlaufes sowie zur Höhe des Zinses überhaupt nicht geäußert und damit auch nicht substantiiert bestritten. Damit hat die Beklagte dem Kläger ab dem 28. November 2005 5% Zinsen auf CHF 37'214.45 zu bezahlen.

²⁶ 12 x CHF 570.00.

²⁷ 0.8 x CHF 153.53.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Gerichtskosten

Die amtlichen Kosten dieses Verfahrens setzen sich aus den Vermittlungskosten und der Gerichtsgebühr zusammen. Die Vermittlungsgebühr beträgt gemäss Leitschein CHF 200.00 (act. 1). Die Gerichtsgebühr wird in Anwendung von Art. 17 lit. b Gebührenordnung²⁸ auf CHF 3'600.00 festgelegt. Die Kosten für das gerichtliche Gutachten betragen gesamthaft CHF 19'933.05²⁹ (act. 97 und 124). Insgesamt belaufen sich die amtlichen Kosten auf CHF 23'733.05.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden die amtlichen Kosten der Beklagten auferlegt (Art. 81 Abs. 1 ZPO). Die vom Kläger geleisteten Vorschüsse von CHF 500.00 (CHF 200.00 Vermittlungsgebühr und CHF 300.00 Einschreibgebühr) sowie der von der Beklagten geleistete Beweiskostenvorschuss in Höhe von CHF 15'000.00 sind anzurechnen. Dem Kläger wird im Umfang von CHF 500.00 ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

3.2 Prozessentschädigung

Gemäss Art. 86 Abs. 1 ZPO ist die unterliegende Partei verpflichtet, der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen. Die Beklagte hat demnach den Kläger zu entschädigen. Die eingereichte Kostennote der Rechtsvertreterin des Klägers ist grundsätzlich tarifkonform. Das mittlere Honorar beträgt beim vorliegenden Streitwert von CHF 37'214.45 in Anwendung von Art. 9 Abs. 2 lit. c des Anwaltstarifs³⁰ CHF 6'427.00 (vom Kläger abgerundet). Hinzu kommen Zuschläge in Höhe von total 40% bzw. CHF 2'570.00 für den doppelten Schriftenwechsel sowie das Beweisverfahren nach Art. 12 Anwaltstarif. Die geltend gemachten Barauslagen von CHF 931.70 sind um die Vermittlungskosten von CHF 200.00 und die Einschreibgebühr von CHF 300.00 auf CHF 431.70 zu kürzen, da diese bei den amtlichen Kosten berücksichtigt werden. Auf das so zu berechnende Zwischentotal von CHF 9'428.70 kommen die Mehrwertsteuern von 7.6% hinzu³¹, also CHF 712.00. Das Endtotal beträgt schliesslich

²⁸ bGS 233.3

²⁹ CHF 2'398.80 + CHF 17'534.25 = CHF 19'933.05

³⁰ bGS 145.53.

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	<u>23'733.05</u>	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 Appenzel 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 Beweisanträge gestellt werden. Richtet sich die Appellation ausschliesslich gegen den Kostenpunkt, so ist sie schriftlich zu begründen.

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: