



ANWALTGRAF

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE | HEINRICH-VON-STEPHAN-STR. 20 | 79100 FREIBURG

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE

MICHAEL GRAF
Fachanwalt für Medizin-/Versicherungsrecht

GABRIELA JOHANNES
Rechtsanwältin

STANDORT FREIBURG
Heinrich-von-Stephan-Str. 20
79100 Freiburg (Kanzleisitz)

STANDORT KARLSRUHE
Ludwig-Erhard-Allee 10
76131 Karlsruhe (Beratungsbüro)

STANDORT OFFENBURG
Schutterwälderstraße 4
77656 Offenburg (Beratungsbüro)

TELEFON
+49 (0) 761 - 897 88 610

TELEFAX
+49 (0) 761 - 897 88 619

EMAIL
patienten@anwaltgraf.de

HOMEPAGE
www.anwaltgraf.de

DATUM
04.10.18

ZEICHEN
--

Rechtsgutachten zum Verfahren Musterfrau ./ . Muster Versicherung AG

Im Auftrag der Klägerseite erstattet der Rechtsgutachter über folgende Rechtsfragen ein unfallversicherungsrechtliches Rechtsgutachten:

- A) *Wie ist vorliegend der anspruchsbegründende Tatbestand der Klage gegen den VR gemäß Aktenlage zu bewerten, insbesondere im Hinblick auf den Zeitpunkt des Bemessungszeitraums der Invaliditätsleistungsansprüche?*
- B) *Wie ist der Observationsbericht (B3) der Beklagten, vorgelegt mit Schriftsatz vom 28.05.2018, beweisrechtlich zu bewerten?*

Dem Rechtsgutachter lag die wechselseitige außergerichtliche und gerichtliche Korrespondenz der Parteien, sowie die wesentlichen gerichtlichen Schriftstücke (Beschlüsse, Verfügungen, Sachverständigengutachten) vor.

Sachverhalt in Stichpunkten (wichtige Daten sind Fett-Gedruckt)

25.10.2014

Unfallversicherungsschein (gültig: AUB 2002)

21.08.2011

Unfallereignis: Prellung linke Hand

04.11.2011

Diagnose: CRPS steht für Complex Regional Pain Syndrome (komplexes regionales Schmerzsyndrom).

UST-ID:
DE240475748

GESCHÄFTSKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	2 035 020	700 700 24	DE12 7007 0024 0203 5020 00	DEUTDEDBMUC

ANDERKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	0 136 341	700 700 24	DE93 7007 0024 0013 6341 00	DEUTDEDBMUC



**QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG**
Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

04.11.2011

Meldung des Versicherungsfalls durch VN

21.11.2011

Formblatt Unfallanzeige durch VN

09.12.2011

Schr. d. Muster Vers.: Anerkenntnis des Vorfalls als Unfall und Leistung von Unfall-KH-Tagegeld usw.

— 31.05.2012

Mitteilung der VN bzgl. Invalidität

01.06.2012

Schr. d. Muster Vers.: Hinweise zu den Fristen der Erstbemessung: Ein Jahresfrist

18.06.2012

— Schr. d. Muster Vers.: Bestätigung des Erhalts der ärztlichen Feststellung vom 05.06.2012 und der Fristeneinhaltung

24.07.2012

Befund Dr. Musterblau: Beeinträchtigungen nunmehr auch in linken Fuß- und Beinbereich

19.09.2012

MDK-Gutachten vom 19.09.12

13.12.2012 S

chr. d. Muster Vers.: Mitteilung über Begutachtungsauftrag

— 09.01.2013

Gutachten der DRV vom 09.01.13 (K17)

18.06.2013

Untersuchung durch Privatgutachter Prof. Schaller

04.07.2013

Privatgutachten Prof. Schaller 1 (K38)

08.08.2013 Bericht der Klinik für Neurologie 55131 Mainz

22.08.2013

Schr. d. Muster Vers.: Mitteilung über weitere Begutachtung "spätestens zum Ablauf des dritten Unfalljahres"; Weigerung der Erstbemessung (187 VVG) zum jetzigen Zeitpunkt; VR verlangt Berücksichtigung des 3-Jahreszeitraums.

10.09.2013

VN mahnt anwaltlich die unterlassende Regulierung an

14.10.2013

RA des VN übermittelt Patientenakte an Muster Vers.

16.12.2013

RA des VN erklärt Zustimmung zur Begutachtung bis zum Ablauf des dritten Unfalljahres und bestätigt damit Bewertung entsprechend und im Rahmen des Drei-Jahres-Zeitraums.

02.06.2014

Auftrag des VR zur Begutachtung zum 3. Unfalljahr an Prof. Mustergrün

09.07.2014

Begutachtung und persönliche Untersuchung durch Prof. Mustergrün

21.08.2014

Ablauf der 3 Jahresfrist

26.08.2014

Privatgutachten Prof. Mustergrün (K39):

Auslöser ist Unfall vom 21.08.2011: (1) Unfallbedingtheit wird bejaht. Andere Ursachen müssen ausgeschlossen werden; (2) Dauerhaftigkeit wird bejaht; (3) Unfallbedingte Ausbreitung auf die untere linke Extremität wird bejaht; (vgl. S. 10 und S. 11 und S. 12): Die Bewertung erfolgte zum dritten Unfalljahr: 7/10 Arm und 7/20 Bein.

04.09.2014

Schr. d. Muster Vers.: Kritik gegen ihren eigenen Privatgutachter Prof. Mustergrün

01.12.2014

Stellungnahme Prof. Mustergrün: Unfallcausa wird nochmals bejaht (K42)

20.01.2015

Schr. d. Muster Vers.:

Ablehnung der Versicherung (entgegen ihres eigenen Privatgutachters Prof. Mustergrün) = negative Erstbemessungsentscheidung iSd § 187 VVG.

28.01.2015

RA des VN fordert unter Fristsetzung die überfälligen Leistungen und verweist auf Gutachten Prof. Mustergrün (stellt auf 3-Jahres-Zeitraum ab).

03.07.2015

Einreichung des PKH-Klageentwurfs vom 03.07.2015

09.10.2015

Einreichung der Klageschrift vom 09.10.2015

09.12.2015

Beweisbeschluss vom 09.12.2015 mit Hinweis auf BGH Urt. v. 18.11.2015 - IV ZR 124/15

08.07.2016

Körperliche Untersuchung beim SV Dr. Musterrot

21.04.2017

Sachverständigengutachten (SVG) des Sachverständigen (SV) Dr. Musterrot:

Unfallcausa wird bejaht; Unfallfremde Mitwirkung oder Mitwirkung durch ausgeschlossene Krankheiten wird verneint (S. 14f.)

21.06.2017

Klageerweiterung

21.11.2017

Weitere Klageerweiterung

06.12.2017

Anhörung des SV Dr. Musterrot:

(1) "Unfall vom 21.08.2011 war Ersttrauma und Auslöser"; (2) "abschließende Bewertung nach nur einem Jahr wäre nicht möglich gewesen" (Anmerkung des Rechtsgutachters: Nach VVG wäre eine Prognose ausreichend); (3) "7/10 Handwert bezog auf den Zeitraum der Begutachtung" (meint Juli 2016); (4) "drei Jahre nach dem Unfall bestand Phase 3 der Erkrankung = chronifiziertes Stadium".

06.12.2017

Beweisbeschluss vom 06.12.2017 über Hand- und Beinschaden:

Der SV möge 1-Jahres und 3-Jahresfrist bei seiner Prognose berücksichtigen.

31.01.2018 bis 03.02.2018

Heimliche Observation der VN durch einen Detektiv des VR.

20.04.2018

Untersuchung durch SV Dr. Mustergelb

23.04.2018 SVG Dr. Mustergelb

Der gerichtliche Gutachter bestätigt nun

(1) die Unfallcausa;

(2) das Fehlen von Mitwirkungsursachen,

(3) prognostisch die Invaliditätsgrade 7/10 linker Arm und 7/20 linkes Bein zu beiden Bemessungszeitpunkten, dh 21.08.2012 und 21.08.2014.

28.05.2018

VR legt Observationsbericht (B3) vor.

Nunmehr wurde geladen auf den 28.11.2018.

Begutachtung der zu klärenden Rechtsfragen:

A)

Wie ist vorliegend der anspruchsbegründende Tatbestand der Klage gegen den VR gemäß Aktenlage zu bewerten, insbesondere im Hinblick auf den Zeitpunkt des Bemessungszeitraums der Invaliditätsleistungsansprüche?

I)

Der Versicherer (VR) bietet Versicherungsschutz bei Unfällen, die dem Versicherten während der Wirksamkeit des Vertrages, also der (formellen) Vertragsdauer, zustoßen (§ 1 I AUB 94, Nr. 1.1 AUB 2008). In dieser Zeit müssen also das Unfallereignis und dadurch eine unfreiwillige Gesundheitsbeschädigung eingetreten sein.

Versicherungsfall ist der Unfall. Ein Unfall liegt bedingungsgemäß vor, wenn der Versicherte durch ein plötzlich von außen auf seinen Körper wirkendes Ereignis (Unfallereignis) unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet (zB § 1 III AUB, Nr. 1.3 AUB 2014).

Diese Voraussetzungen liegen vor.

Zuletzt bestätigte das Sachverständigengutachten (SVG) des gerichtlichen Sachverständigen (SV) Dr. Mustergelb vom 23.04.2018 die unfallbedingten Beeinträchtigungen und stellt prognostisch die Invaliditätsgrade 7/10 linker Arm und 7/20 linkes Beinfest, so auch die bisherigen Feststellungen der Fachgutachten vom 21.04.2017 durch den SV Dr. Musterrot und vom 26.08.2014 durch Prof. Mustergrün (K39) ein.

II)

Haben vorbestehende Krankheiten oder Gebrechen bei einem unfallbedingten Gesundheitsschaden oder dessen Folgen mitgewirkt, mindern sich ab einem (Mindest-)Mitwirkungsanteil von typischerweise 25 % - je nach Klauselwerk - die Invaliditätsleistung (zB § 8 AUB 94) oder der Invaliditätsgrad (zB Nr. 3 AUB 2008) entsprechend dem Anteil der Krankheit oder des Gebrechens.

Dem Versicherer (VR) ist im Einzelnen die Beweislast dafür zugewiesen, dass

- überhaupt Krankheiten oder Gebrechen vorlagen (und damit zB auch für vorbestehende Behandlungsbedürftigkeit und/oder Beeinträchtigungen),
- diese am Gesundheitsschaden oder deren Folgen mitgewirkt haben und
- einen bedingungsgemäßen Mitwirkungsanteil von mindestens 25% ausmachen (§ 182 VVG); und zwar mit dem Beweismaß des § 286 ZPO, das einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit erfordert, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. Die Beweislast des Versicherers lässt sich auch nicht mit der Überlegung aushebeln, dass der VN für Unfall, Gesundheitsschädigung und deren Folgen beweispflichtig ist. Denn Mitursächlichkeit genügt, wie auch sonst im Zivilrecht, während Art und Umfang der Mitwirkung unfallfremder Dinge nach § 8 AUB der Versicherer zu beweisen hat. (Veith/Gräfe/Gebert, *Der Versicherungsprozess*, 3. Auflage 2016, Abschnitt C *Personenversicherungen* § 12 *Unfallversicherung* Rn. 113ff.).

Solche etwaigen Einwendungen können nach der vorliegenden Beweislage durch den Versicherer (VR) hier nicht durchgreifen.

III)

- Auch etwaige AUB-Ausschlüsse greifen nicht, denn weder handelt es sich hier um
- einen ausgeschlossen Unfall infolge bestimmter, die Unfallgefahr erhöhender Situationen (zB § 2 I AUB, Nr. 5.1 AUB 2008), noch um
 - ausgeschlossene Gesundheitsschäden (zB § 2 II, III AUB, Nr. 5.2 AUB 2008).

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Ausschlussstatbeständen hat der Versicherer (Veith/Gräfe/Gebert, *Der Versicherungsprozess*, 3. Auflage 2016, Abschnitt C *Personenversicherungen* § 12 *Unfallversicherung* Rn. 122).

Zuletzt bestätigte das Sachverständigengutachten (SVG) des gerichtlichen Sachverständigen (SV) Dr. Mustergelb vom 23.04.2018 die unfallbedingten (und nicht ausgeschlossenen) Beeinträchtigungen, vgl. zudem auch das gerichtliche Fachgutachten des SV Dr. Musterrot vom 21.04.2017 und das Privatgutachten der Versicherung vom 26.08.2014 durch Prof. Mustergrün (K39).

IV)

Invaliditätsleistung; Ansprüche

1)

Formelle Voraussetzungen - Fristen zum Unfallschaden vom 21.08.2011

Voraussetzungen für den Anspruch auf Invaliditätsleistung sind drei Fristen (Ziff. 2.1.1.1 AUB 2010, § 7 I (1) AUB 94/88, § 8 II (1) AUB 61): Die Invalidität ist (1.) innerhalb eines Jahres nach dem Unfall eingetreten, (2.) innerhalb von 15 Monaten von einem Arzt schriftlich festgestellt und (3.) innerhalb von 15 Monaten beim VR geltend gemacht worden, wobei die Zeiträume von (2.) und (3.) identisch sind (*Grimm, 5. Aufl. 2013, AUB 2010 Ziffer 2. Rn. 8 = im folgenden abgekürzt "Grimm AUB 2010"*).

Diese Voraussetzungen liegen vor, vgl. das Schr. d. Muster Vers. vom 18.06.2012 (= Bestätigung des Erhalts der ärztlichen Feststellung vom 05.06.2012 und der Fristeneinhaltung).

2)

Materielle Voraussetzungen zum Unfallschaden vom 21.08.2011

Während § 8 II Abs. 1 AUB 61 die Invalidität noch als dauernde Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit definiert hatte, kommt es jetzt auf die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit an (§ 7 I Abs. 1 S. 1 AUB, Nr. 2.1.1.1 AUB 2008). § 180 S. 1 VVG stellt eine dahin gehende gesetzliche Auslegungsregel auf.

Zu prüfen sind:

a) Invalidität aus Unfall vom 21.08.2011

Eine dauernde bzw dauerhafte Beeinträchtigung - und damit Invalidität - wird in Auslegung der Bedingungen, die keine Definition des Merkmals „Dauer“ enthalten, angenommen, wenn zu erwarten ist oder feststeht, dass die Beeinträchtigung lebenslang andauert oder nach ärztlicher Prognose voraussichtlich wenigstens drei Jahre andauern wird.

Nach § 180 S. 2 VVG ist eine Beeinträchtigung bereits dauerhaft, wenn sie voraussichtlich länger als drei Jahre bestehen wird und eine Änderung dieses Zustandes nicht zu erwarten ist. Das kann letztlich sinnvollerweise nur so zu verstehen sein, dass eine Änderung innerhalb des Prognosezeitraums von „länger als drei Jahre“ nicht zu erwarten ist, da anderenfalls nur lebenslang andauernde Zustände erfasst wären, was den Anwendungsbereich der Invaliditätsleistung stark einschränken würde und vom Gesetzgeber nicht gewollt war (*Veith/Gräfe/Gebert, aaO, Abschnitt C Personenversicherungen § 12 Unfallversicherung Rn. 311ff.*).

Die ärztliche Feststellung der Dauerhaftigkeit kann nur in wenigen Fällen mit Sicherheit getroffen werden, etwa bei Glied- oder Organverlusten. In den meisten Fällen bleibt nach Heilung der akuten Verletzungen eine gewisse Unsicherheit, ob sich der Gesundheitszustand stabilisieren oder auf Dauer verschlechtern oder verbessern wird. Dem tragen die AUB im Interesse einer abschließenden Regulierung des Versicherungsfalles Rechnung und bestimmen für die abschließende und dann verbindliche Beurteilung des Dauerzustandes eine Frist von drei Jahren nach Eintritt des Unfalles (Ziff. 9.4 AUB 2010, § 11 IV AUB 94/88; § 13 (3) Buchst. a AUB 61). Die Beurteilung des Dauerzustandes kann der Sache nach lediglich eine von dem ärztlichen Wissensstand zur Zeit der Beurteilung und der Erfahrung des Arztes getragene Prognose sein. Veränderungen des Gesundheitszustandes nach diesem Stichtag spielen dann keine Rolle mehr (*BGH VersR 1990, 478: Dauererfolg einer Hüftgelenksimplantation; OLG Köln r+s 1993, 199*) und (*Grimm AUB 2010 Ziffer 2. Rn. 6*)

b) Bemessung und Bemessungszeitraum zum Unfallschaden vom 21.08.2011

aa)

Ausgangspunkt ist zunächst § 187 VVG.

§ 187 Abs. 1 VVG ist in Verbindung mit Abs. 2 S. 1 eine Abänderung der allgemeinen Fälligkeitsregel des § 14 Abs. 2 VVG. Bei Ablehnung einer Leistungspflicht werden die bis dahin entstandenen Ansprüche sofort fällig (*BGH VersR 2000, 753; 2002, 472; Hamm NVersZ 2001, 163; Köln VersR 1990, 373*) = (*Prölss/Martin/Knappmann, 30. Aufl. 2018, VVG § 187, Rn. 2 im folgenden abgekürzt „Prölss/Martin/Knappmann VVG“*).

Wird die nach Abs. 1 S. 1 erforderliche Erklärung unterlassen tritt Fälligkeit zu dem Zeitpunkt ein, zu dem die Erklärung hätte abgegeben werden müssen (*Prölss/Martin/Knappmann VVG § 187 Rn. 2*).

Es reicht für die Bemessung aus, dass der VR wenigstens eine "Prognose" über die unfallbedingte Dauerschädigung treffen kann, denn ist ihre Dauer nicht mit Sicherheit festzustellen, reicht es nach § 180 Satz 2 VVG, wenn nach ärztlicher Prognose eine Beeinträchtigung, deren Ausmaß nicht feststehen muss, wenigstens drei Jahre andauern wird (*Prölss/Martin/Knappmann VVG § 180 Rn. 5*).

Dies Prognose hat der VR jedoch innerhalb von drei Monaten nach Zugang der nötigen Unterlagen zu treffen. Die Frist, nach deren Ablauf der VR sich spätestens erklären muss, beginnt mit dem Erhalt der notwendigen Unterlagen (*Prölss/Martin/Knappmann VVG § 187 Rn. 2*). § 180 S. 2 VVG übernimmt die von der Rechtsprechung entwickelte Auslegung des Invaliditätsbegriffs, wonach ein Dauerschaden vorliegt, wenn die unfallbedingte gesundheitliche Einbuße voraussichtlich länger als drei Jahre bestehen wird und eine Änderung dieses Zustands nicht erwartet werden kann (*vgl. Höra, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Auflage 2017, Teil D. Personenversicherungen § 24 Unfallversicherung Rn. 41, abgekürzt im Folgenden "MAH VersR"*)

bb)

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies:

Am 14.10.2013 übermittelt hier der RA des VN die Patientenakte an die Muster Vers..

Am 26.08.2014 ergeht das Privatgutachten des Hr. Prof. Mustergrün (K39), spätestens damit war die Prognose möglich und die Leistung war spätestens zum 26.11.2014 fällig (§ 14 VVG).

Bereits am 22.08.2013 verlangte der VR mit Schr. d. Muster Vers. die weitere Begutachtung "spätestens zum Ablauf des dritten Unfalljahres", folglich verlangte der VR hier die Bemessung erst zum 3-Jahreszeitraums.

Am 16.12.2013 erklärt der RA des VN die Zustimmung zur Begutachtung bis zum Ablauf des dritten Unfalljahres und bestätigt damit die Bewertung entsprechend und im Rahmen des Drei-Jahres-Zeitraums.

Am 26.08.2014 erfolgte das Privatgutachten des Hr. Prof. Mustergrün (= Drei-Jahres-Zeitraum).

Sodann erfolgte am 20.01.2015 mit Schr. d. Muster Vers. die Ablehnung der Erstbemessungsleistung.

cc)

Folglich greifen im vorliegenden Fall die „Leitsätze“ des im Beweisbeschluss vom 09.12.2015 erwähnten Urteils des BGH Ur. v. 18.11.2015 - IV ZR 124/15 nicht.

Denn es einigten sich die Parteien vorliegend mit einer Individualabrede auf einen Bemessungszeitpunkt, nämlich auf den Ablauf des dritten Unfalljahres, vgl. Schr. des VR vom 22.08.13 und Schreiben des VN vom 16.12.13.

— Zudem: Lässt sich -wie hier- die Invalidität zunächst nur dem Grunde nach ermitteln, steht den Parteien - so Grimm - für die erstmalige Bemessung der Invalidität die volle Dreijahresfrist zur Verfügung, mit der Folge, dass dann eine erneute ärztliche Bemessung möglicherweise wegen Fristablaufs nicht mehr in Betracht kommt (*Grimm AUB 2010 Ziffer 9. Rn. 20-25*).

— Der BGH hat zum maßgeblichen Prognosezeitraum ohnehin bereits klar darauf hingewiesen, dass bei der Bemessung der Invalidität nur der Gesundheitszustand zu berücksichtigen ist, der bis zum Ablauf der Drei-Jahres-Frist zu prognostizieren ist und später gewonnene Erkenntnisse nicht verwertet werden dürfen (*Kloth, Private Unfallversicherung, 2. Auflage 2014, G. Die Invaliditätsleistung Rn. 142*)

dd)

Selbst wenn man das Urteil des BGH v. 18.11.2015 - IV ZR 124/15 hier anwenden mag, so würde kein anderes Ergebnis gelten:

Erst am 26.08.2014 ergeht das Privatgutachten Prof. Mustergrün (K39), die Prognose war für den VR (erst) sodann möglich und die Leistung war daher (laut VR erst) zum 26.11.2014 fällig (§ 14 VVG), mithin zum Ablauf des 3-Jahreszeitraums. Jedenfalls legten sich die Parteien -wie erläutert- vorher außergerichtlich einvernehmlich für die Erstbemessung auf den 3-Jahreszeitraum fest.

— Zudem bestätigt das SVG des Dr. Mustergelb vom 23.04.2018 prognostisch zutreffend die Invaliditätsgrade 7/10 linker Arm und 7/20 linkes Bein bzgl. beider (!) Bemessungszeitpunkten, dh 21.08.2012 und 21.08.2014.

ee)

Lehnt der VR Leistungen - wie hier am 20.01.2015 - dem Grunde nach ab und fehlt - wie vorliegend - deswegen eine Erstbemessung, erwächst der Klägerin ein Wahlrecht. Aus dem Umstand, dass der VR eine Erstbemessung pflichtwidrig unterlassen hat, kann dem VN kein Nachteil erwachsen. Vielmehr wird ihm ein Wahlrecht hinsichtlich des Zeitpunkts (also Endes des 1., 2. oder 3. Unfalljahres) zuzugestehen

sein (Veith/Gräfe/Gebert, *Der Versicherungsprozess, 3. Auflage 2016, Abschnitt C Personenversicherungen § 12 Unfallversicherung Rn. 346*).

ff)

[(Anmerkung: Zudem könnte der VN hier vorsorglich ohnehin schriftsätzlich (rein vorsorglich) noch eine Nachbemessung verlangen. Der BGH (VersR 2008, 527 = r+s 2008, 211 [unter II. 2.c] zu § 11 I AUB 94 m. w. N.) unterscheidet in st. Rspr. zwischen der Erstfeststellung der Invalidität und ihrer Neufestsetzung, die stets (lediglich) den Invaliditätsgrad betreffe und allein der Überprüfung der Erstentscheidung des VR über die Feststellung der Invalidität diene. Ein prozessuales oder vorprozessuales Verfahren zur Erstfeststellung der Invalidität tangieren Ziff. 9.4 AUB 2010, § 11 IV AUB 94/88 nicht (Prölss/Martin/Knappmann Ziff. 9 AUB 2008 Rn. 11). Das Recht des VN, im Klagewege eine seiner Ansicht nach zutreffende höhere Erstbemessung der Invalidität zu verlangen, lässt sein Recht, eine Neubemessung zu verlangen, unberührt und besteht unabhängig davon fort (BGH NJW-RR 2010, 546 = r+s 2010, 74). (Grimm AUB 2010 Ziffer 9. Rn. 20-25).

Eine Hinweispflicht des VR hierzu ist nun gesetzliche Verpflichtung, deren Erfüllung der VR beweisen muss. Inhaltlich muss auf die Möglichkeit der Neubemessung und auf alle gesetzlichen und vereinbarten Fristen hingewiesen werden. Da die Unterrichtung des VN aber mit der Erklärung des VR nach § 187 VVG erfolgen soll, wird auch für den Hinweis Textform (§ 187 Abs. 1 S. 1 VVG) verlangt (zutreffend Jacob Ziff. 9 AUB Rn. 72). Unterbleibt -wie hier- die ausreichende Information bzw. ist sie fehlerhaft, schadet eine Verspätung des Antrags auf Neubemessung nicht. Bei der Bemessung ist aber weiterhin auf einen Zeitpunkt von spätestens drei Jahren nach dem Unfall abzustellen (Prölss/Martin/Knappmann VVG § 188 Rn. 7).]

c) Haftungsausfüllende Kausalität; Beweisbeschluss

Die sog. haftungsausfüllende Kausalität bezeichnet die Kausalität zwischen dem Versicherungsfall „Unfall“ und der geltend gemachten Unfallfolge Invalidität. Sie setzt also voraus, dass der unfallbedingte Gesundheitsschaden auch zu einer dauernden gesundheitlichen Beeinträchtigung geführt hat. Hierfür genügt eine adäquate Kausalität; Mitursächlichkeit reicht.

Es gilt zugunsten des Anspruchstellers die Beweismaßreduzierung des § 287 ZPO, wonach für die tatrichterliche Überzeugungsbildung schon eine überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit gegenüber anderen Geschehensabläufen genügt, dass die Unfallfolge in kausalem Zusammenhang mit dem Unfallereignis steht.

Vgl. hierzu: Veith/Gräfe/Gebert, *Der Versicherungsprozess, Abschnitt C Personenversicherungen § 12 Unfallversicherung Rn. 316f*.

Nach BGH, Urt. v. 13. 5. 2009 - IV ZR 211/05, VersR 2009, 1213 soll das Gericht im Beweisbeschluss dem Sachverständigen das erforderliche Beweismaß erläutern.¹

Im vorliegenden Fall wurden die Umstände bereits gutachterlich geprüft und festgestellt:

Zuletzt bestätigte das

- SVG des Dr. Mustergelb vom 23.04.2018 SVG die unfallbedingten Beeinträchtigungen und stellt prognostisch die Invaliditätsgrade 7/10 linker Arm und 7/20 linkes Bein zu beiden Bemessungszeitpunkten, dh 21.08.2012 und 21.08.2014, fest.
- Dieses finale gerichtliche Sachverständigengutachten reiht sich damit ergänzend (und widerspruchsfrei, dh zutreffend) in die bisherigen Feststellungen der Fachgutachten vom 21.04.2017 durch den SV Dr. Musterrot und vom 26.08.2014 durch Prof. Mustergrün (K39) ein.

Die Haftungsausfüllende Kausalität liegt mithin vor.

V.)

Zwischenergebnis

Der anspruchsbegründende Tatbestand der Klage gegen den VR ist gemäß Aktenlage als begründet zu bewerten, als Zeitpunkt für die Bemessung der Invaliditätsleistungsansprüche ist auf den Ablauf des 3. Unfalljahres abzustellen.

¹ Nach Kloth soll das Gericht vor Einholung eines Sachverständigengutachtens dem Sachverständigen verständliche Vorgaben machen. Hierzu zählt insbesondere die Erläuterungen von Rechtsbegriffen und Sachverhalten, von denen der Sachverständige als gegeben ausgehen soll. Folgende Punkte müssen ggf. gegenüber dem Sachverständigen erläutert werden:

- Darstellung des Unfallgeschehnisses als feststehenden Sachverhalt (...)
- Erläuterung des Rechtsbegriffs der Invalidität
- Erläuterung, ob und wie die Invalidität nach oder außerhalb der Gliedertaxe zu ermitteln ist
- Mitteilung, welcher Zeitpunkt für die Invaliditätsbemessung maßgebend ist (rückwirkende Prognose ausreichend)
- Belehrung über das erforderliche Beweismaß (§ 287 ZPO).

Der Beweisbeschluss des Gerichts hat sinnvollerweise die Vorgaben aufzunehmen.
(vgl. Kloth, *Private Unfallversicherung, U. Der Unfallversicherungsprozess Rn. 96f*)

B)

Wie ist der Observationsbericht (B3) der Beklagten, vorgelegt mit Schriftsatz vom 28.05.2018, beweisrechtlich zu bewerten?

I)

Sowohl im Bereich des Haftpflichtrechts wie auch im Bereich des Personenversicherungsrechts treten oft Fälle auf, bei denen der Versicherer zur Überprüfung behaupteter schwerwiegender Verletzungsfolgen bei einem konkreten Verdacht auf eine Aggravation oder Simulation über medizinische Untersuchungen hinaus auf weitere Erkenntnisse zugreifen möchte.

In diesen Fällen ist der Versicherer geneigt, auf eigene Ermittlungen in Form von Observationen den VN auszuspähen, was unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Datenschutzes unzulässig sein könnte.

Hier geht es um den Zeitraum vom 31.01.2018 bis 03.02.2018 und den darin erfolgten heimlichen Observation der VN durch einen Detektiv des VR.

Die Zulässigkeit solcher Maßnahmen, ihre Vereinbarkeit mit dem Datenschutz sowie ihre weiteren rechtlichen Grenzen und die Möglichkeit einer Verwertung der daraus gewonnenen Erkenntnisse im Prozess ist problematisch.

II)

Die Beauftragung von Detektiven durch Versicherer ist aufgrund der ganz aktuellen Rechtsprechung und den neuen Vorgaben zum Datenschutz heute lediglich nur noch in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig (*VersR 2017, 1119*).

Die Einschaltung eines Detektivs zum Zwecke von Observierungen des VN bei einem konkreten Anfangsverdacht wird nur dann zulässig sein, solange nicht in den Kernbereich der Privatsphäre des VN oder gar in die Intimsphäre eingegriffen wird. Fertigt der Detektiv Foto- oder sogar Videoaufnahmen, ist dies ein weitreichender Eingriff. Auch die Herstellung von Bildnissen einer Person in der Öffentlichkeit zugänglichen Bereichen und ohne Verbreitungsabsicht, kann per se bereits einen unzulässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen darstellen. Eine Aufzeichnung „rund um die Uhr“ stellt in jedem Fall einen schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar, der auch einer besonderen Rechtfertigung bedarf (*VersR 2017, 1119*).

Entscheidend ist hierfür eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit unter Beachtung der Grundsätze der Geeignetheit (Tauglichkeit für das verfolgte Ziel), Erforderlichkeit

(kein milderes, aber gleich wirksames Mittel) und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Güterabwägung zu Gunsten der Interessen des Versicherers).

Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist insbesondere zu beachten, in welche Sphäre des Betroffenen unter Beachtung der vom BVerfG entwickelten Sphärentheorie eingegriffen wird. Unzulässig sind Eingriffe in die Intimsphäre, während nur (!) bei einem begründeten Verdacht in der Privatsphäre unter bestimmten Voraussetzungen und im eingeschränkten Umfang Observierungen erfolgen dürfen.

Vgl. hierzu die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung:

(1) *BGH vom 20. 5. 2009 (Krankentagegeldversicherung): BGH VersR 2009, 1063:*

Fazit: In diesem Urteil stellt der BGH klar, dass die Beauftragung eines Detektivs ohne einen auf tatsächliche Anhaltspunkte gegründeten Verdacht unlauter sei.

(2) *BGH vom 18. 7. 2007 (Krankentagegeldversicherung): BGH VersR 2007, 1260:*

Fazit: Beim Versicherer bestanden zwar aufgrund von eingeholten ärztlichen Gutachten Zweifel daran, dass der VN - nach ärztlichem Befund - arbeitsunfähig war. Dieser Umstand biete aber nicht zugleich tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass der VN seinem Beruf nachgegangen sei. Aufgrund des Fehlens der erforderlichen Verdachtslage stelle sich das nachhaltige Einwirken des Detektivs auf den VN zur Verschaffung eines Kündigungsgrundes als unredlich dar.

(3) *OLG Köln vom 3. 8. 2012 (Berufsunfähigkeitsversicherung): OLG Köln VersR 2013, 702:*

Fazit: Das OLG Köln 97 geht davon aus, dass eine Überprüfung der Auskünfte des VN mit verdeckten Ermittlungsmethoden wie der Observation mit dem im Versicherungsverhältnis geltenden Gebot der wechselseitigen Rücksichtnahme nicht vereinbar sei.

(4) *KG vom 20. 6. 2016 (Kfz-Haftpflichtversicherung): KG vom 20. 6. 2016 - 25 U 68/15:*

Fazit: Das Gericht bejaht einen Anspruch auf Unterlassung von Observierungsmaßnahmen und Fotoaufnahmen aus §§ 823, 1004 BGB analog und begründet dies mit der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Kl. Zwar sei die Kl. durch das Handeln der von dem Haftpflichtversicherer beauftragten Privatdetektive im Wesentlichen in ihrer Sozialsphäre betroffen, da die Beobachtungen sich ausnahmslos außerhalb ihres Hauses vollzogen und darauf abzielten, festzustellen, in welcher Art und Weise die Geschädigte außerhalb ihrer häuslichen Umgebung beim Einkaufen etc. agiert. Dennoch müsse der Einzelne auch in diesem Bereich keineswegs generell dulden, dass jedermann von ihm Bildnisse, insbesondere Filmaufnahmen fertigt. „Die gezielte Überwachung einer Person, von der Filmaufnahmen gefertigt werden und deren Tagesablauf über einen längeren Zeitraum stundengenau erfasst wird, stellt eine erhebliche Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts dar, denn diese muss sich ständig kontrolliert fühlen“.

(5) *LG Köln vom 21. 8. 2013 (Arzthaftpflichtversicherung): LG Köln vom 21. 8. 2013 - 34 T 179/13 - NJW-RR 2014, 537: Fazit: In dem vom LG Köln 96 zu entscheidenden Fall ließ der Haftpflichtversicherer der operierenden Ärzte und des Krankenhauses die durch einen OP-Fehler geschädigte Patientin über einen längeren Zeitraum observieren, um Informationen über den Umfang der Schädigung zu erhalten und zu dokumentieren. Das Gericht sieht hierin eine rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Patientin.*

III)

Zu verweisen ist auf die aktuellen Beiträge in

- *Bosch: Zulässigkeit und Grenzen des Einsatzes verdeckter Ermittlungsmethoden durch den Versicherer, VersR 2017, 1119*
- *Gehrlein: Beweisverbote im Zivilprozess, VersR 2011, 1350*

IV)

Die Verwertung der durch eine Observation gewonnenen Erkenntnisse setzt demnach voraus,

1. dass ein konkreter Verdacht im Hinblick auf ein vertragswidriges bzw. täuschendes Verhalten bestanden haben muss. Bei einem fehlenden Verdacht ist die Beauftragung von Detektiven (selbst wenn diese nicht mit verwerflichen Mitteln tätig werden) dagegen als unlauter anzusehen. Dies gilt dementsprechend auch für alle weiteren Observierungsmaßnahmen,
2. sowie das überhaupt eine Bedeutung für die Beweisführung besteht.
3. Sowohl bei der Prüfung der Zulässigkeit des Eingriffs nach datenschutzrechtlichen Vorschriften als auch bei der Frage der Verwertbarkeit der Ermittlungsergebnisse ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu prüfen. Ergibt diese Prüfung ein überwiegendes Interesse des betroffenen Grundrechtinhabers, ergibt sich hieraus ein Verwertungsverbot im Zivilprozess

V)

Im vorliegenden Fall liegen durch die heimlichen Observierungen im Zeitraum 31.01.2018 bis 03.02.2018 seitens der Muster Vers. erhebliche Verletzungen der Intim- und Privatsphäre vor: Die beklagte Versicherung veranlasste hierbei:

- (a) dauerhaftes Ausspähen der Wohnung samt Klingelschild und Briefkasten;
- (b) Ausspähen der Daten aus Facebook;
- (c) dauerhaftes Ausspähen der VN direkt an ihrer Wohnung;
- (d) Verfolgung der VN mit dem PKW in ihr "Privatleben" (Apotheke usw.);
- (e) Erstellung von Lichtbildern in den vom VR "gewünschten" Positionen;
- (f) Ausspähen "rund um die Uhr", auch Abends über mehrere Tage;
- (g) Ausspähen der Tochter und des Lebensgefährten;

(h) dauerhaftes Ausspähen der Familie durch Blick durch das Fenster.

Zudem sind bestimmte Mitteilungen im Observationsbericht (B3) von reinen Vermutungen und Spekulationen (vgl. dort Kapitel "Anmerkungen) geprägt, es erfolgen hier „geschönte“ Darstellungen zu Gunsten des VR.

1)

Der heimliche Observationsbericht (B3) ist vorliegend mithin ein unzulässiger Gefälligkeitsbericht, auch insbesondere, weil

- (a) der Observationsbericht (B3) die Feststellung unterlässt, dass die VN kurz vor der Observation am 29.01.2018 aus einem Auslandsaufenthalt mit medizinischer Behandlung (dauerte zwei Wochen) zurückkehrte und zum Zeitpunkt der Observation mithin noch eine stark wirksame Medikation (Schmerzmittel, Nährstoffe, Muskelrelaxans) nachwirkte und diese die Unfallbeeinträchtigungen zeitweise noch für einige Tage linderte (anschließend fiel der Gesundheitszustand wieder ab);
- Der Observationsbericht (B3) unterlässt es, die Hintergründe und Möglichkeiten einer zeitweisen Besserung (bspw. aufgrund Medikation, s.o.) zu berücksichtigen;
 - Der Observationsbericht (B3) unterlässt die Feststellung, dass er erst fast sieben Jahre nach dem Unfallereignis erstellt wurde.

2)

Es liegt daher auf der Hand, dass die Observation von Anfang an (!) nur der Stimmungsmache gegen die Klägerin diene, weil die Ergebnisse über den Gesundheitszustand der VN zum Zeitpunkt der Observation (ab 31.01.2018 bis 03.02.2018) offensichtlich für die Begründetheit der streitgegenständlichen Ansprüche völlig unerheblich gewesen sind, mithin fehlte es bei Durchführung der Observation offenkundig

- (a) an einem konkreten Verdacht,
(b) jedenfalls an der Bedeutung für die Beweisführung, und
(c) in jedem Fall an einem nur untergeordneten Interesse des betroffenen Grundrechtinhabers (hier die Klägerin).

Im Einzelnen:

a)

Lebensfremd ist die Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 28.05.2018, der Observationsbericht (B3) würde eine Täuschung der VN zu Lasten der Gutachter bestätigen. Alle Gutachter (Dr. Mustergelb, Dr. Musterrot, Prof. Mustergrün) sind hier vorliegend langjährige Experten bzw. Fachärzte für Neurologie bzw. Handchirurgie mit außerordentlichen praktischen Erfahrungen und wissenschaftlichem Wissen.

Dr. Mustergelb ist zudem Chefarzt der neurologischen Abteilung und Prof. Mustergrün ist Klinikdirektor.

Absolut fernliegend ist daher die Behauptung der Beklagten, dass es die VN (als medizinische Laie) vermocht haben soll, hier drei (!) erfahrene Experten im Bereich Neurologie bzw. Handchirurgie während der Begutachtung zu täuschen.

Hinzu kommt, dass auch die übrigen ärztlichen Unterlagen und Gutachten den Unfall und den Unfallschaden bestätigen und es daher absolut unmöglich ist, dass die VN hier alle weiteren Ärzte und Gutachter „hinters Licht“ hätte führen können.

Der Observationsbericht (B3) berücksichtigt nicht, dass das SVG des Hr. Dr. Mustergelb vom 23.04.2018 die unfallbedingten Beeinträchtigungen nach körperlicher Untersuchung der VN feststellte.

Dieses finale gerichtliche Sachverständigengutachten reiht sich damit ergänzend (und widerspruchsfrei, dh zutreffend) in die bisherigen Feststellungen der Fachgutachten vom 21.04.2017 durch den SV Hr. Dr. Musterrot und vom 26.08.2014 durch Hr. Prof. Mustergrün (K39) ein, welchen ebenso jew. eine körperliche Untersuchung vorausgingen.

b)

Der Observationsbericht (B3) unterlässt zudem die Feststellung, dass er erst fast sieben Jahre nach dem Unfallereignis erstellt wurde. Am 21.08.2011 trat das Unfallereignis ein.

Die Beklagte legte im Schriftsatz vom 28.05.2018 den Observationsbericht (B3) vor. Zum Zeitpunkt der Observation (ab 31.01.2018 bis 03.02.2018) sind offenkundig dessen Ergebnisse vorliegend für die Begründetheit der streitgegenständlichen Ansprüche völlig unerheblich gewesen:

Denn der Zeitpunkt drei Jahre nach dem Unfall (hier 21.08.2014) ist in jedem Fall der absolute Endzeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob und zu welchem Grade eine dauernde Invalidität eingetreten ist. Je weiter man sich zeitlich von dem Unfall entfernt, desto schwieriger wird die Abgrenzung von Spätfolgen eines Unfalls gegenüber unfallunabhängigen gesundheitlichen Fehlentwicklungen. Die strikte Dreijahresgrenze des § 188 Abs. 1 S. 1 VVG soll Streitigkeiten hierüber gering halten. Sie ist insbesondere dann zu beachten, wenn die Untersuchung und Begutachtung erst später als drei Jahre nach dem Unfall erfolgt, etwa wenn ein Gerichtsverfahren geführt wird, weil Streit über die Höhe des Invaliditätsgrads besteht. In diesen Fällen haben der medizinische Gutachter, das Gericht und die Parteien

rückblickend den Zeitpunkt drei Jahre nach dem Unfallgeschehen zu begutachten und dürfen spätere Änderungen nicht mehr berücksichtigen (vgl. *MAH VersR, Teil D. Personenversicherungen § 24 Unfallversicherung Rn. 113*). In diesen Fällen ist bei Beauftragung des medizinischen Gutachters darauf zu achten, dass der Beweisbeschluss dem Gutachter diese Besonderheit, die er im Allgemeinen nicht kennt, mitteilt (vgl. *MAH VersR, Teil D. Personenversicherungen § 24 Unfallversicherung Rn. 113*).

Die weitere tatsächliche Entwicklung des gesundheitlichen Zustandes (nach dem 3. Unfalljahr) darf also nicht berücksichtigt werden (*MAH VersR, Teil D. Personenversicherungen § 24 Unfallversicherung Rn. 110*). Erfolgt die Untersuchung nach Fristablauf oder bei einer späteren gerichtlichen Untersuchung darf die Invalidität nicht aufgrund von Tatsachen beurteilt werden, die später als drei Jahre nach dem Unfall erkennbar wurden (*BGH VersR 1981, 1151; 1988, 798; 1998, 308; Köln VersR 2005, 679; Frankfurt a. M. r+s 2004, 388; Hamm ZfS 2008, 404; NVersZ 2002, 213; Koblenz VersR 2001, 1150*), vgl. auch (*Prölss/Martin/Knappmann VVG § 188 Rn. 4*).

3)

Der Observationsbericht (B3) ist aus mehreren Gründen unverwertbar.

Oftmals werden Detektive von Versicherern beauftragt, um Beweise für einen Zivilprozess zu gewinnen. Sind diese Beweise jedoch rechtlich unzulässig zustande gekommen, gilt in der Regel der Grundsatz, dass das Beweiserhebungsverbot zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Auch wenn die ZPO diesbezüglich keine gesetzliche Regelung enthält, ist ein solches Verwertungsverbot von der Rechtsprechung aus der Verfassung und insbesondere aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht selbst abgeleitet worden (*VersR 2017, 1119*).

Sollten Bild- oder Filmaufnahmen unzulässig erstellt worden sein, dürfen auch die Aussagen der Zeugen nicht verwertet werden, denen die Aufzeichnungen vorgeführt wurden, da ansonsten das auf dem Beweiserhebungsverbot beruhende Beweisverwertungsverbot umgangen würde (*Gehrlein VersR 2011, 1350 (1357) mit Verweis auf OLG Karlsruhe VersR 2002, 590*).

Zudem stellen sich beweisrechtlich noch folgende Fragen (die nach Aktenlage noch offen sind):

- Dem Observationsbericht (B3) fehlt das Datum;
- Dem Observationsbericht (B3) fehlt die Unterschrift: Verfasser?
- Es stellt sich die Frage: Es ist die Echtheit nicht bestätigt: Bildmaterial echt? Bildmaterial "verändert" über Software?
- Es stellt sich die Frage: "Geschönte" Momentaufnahmen?

- Wie erfolgte die Auswahl der Fotos: Ein „bedenkliches“ Foto aus hundert „Unbedenklichen“?)?
- Es fehlt die Offenlegung des Detektivauftrags und der Entlohnung ("Wessen Brot ich ess, dessen Lied ich sing.").

VI) Anmerkungen

Anmerkung 1:

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bestimmung des § 295 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, wonach es unbeachtlich ist, dass ein unzulässiges Beweismittel bei einer Beweisaufnahme verwendet wurde, wenn im Prozess keine Rüge erfolgte. Bei einer rügelosen Hinnahme eines Beweisbeschlusses hat der BGH im Rahmen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung erwogen, dass darin eine den Eingriff billigende Einwilligung liegen könne. Die anwaltliche Vorsicht macht es daher erforderlich, entsprechende Beweisangebote als unverwertbar zu rügen (VersR 2017, 1119).

Anmerkung 2:

Es kann eine solche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen erheblichen Anspruch auf Schmerzensgeld begründen (VersR 2017, 1119).

Anmerkung 3:

Solche Datenschutzverstöße können nicht nur die Unverwertbarkeit von Beweismitteln in Zivilverfahren zur Folge haben, sondern zu weiteren erheblichen Konsequenzen für den VR führen. Mitarbeitern und Verantwortlichen des VR drohen gem. § 43 II Nr. 1 iVm III BDSG Bußgelder in Höhe von bis zu 300.000 Euro für jede einzelne Zuwiderhandlung. § 43 III 2 BDSG verlangt, dass die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus dem Datenschutzverstoß gezogen hat, übersteigt (NJW 2014, 2074).