



ANWALTGRAF

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

per Mail rs-xxxxx@yyy.de
Rechtsschutzversicherung AG XY
Hauptstraße 01
00000 Musterstadt

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE

MICHAEL GRAF
Fachanwalt für Medizin-/ Versicherungsrecht

GABRIELA JOHANNES
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

KATHRIN SCHMIDT-TROJE
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

MAUDE LAFORGE
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

HEINRICH-VON-STEPHAN-STR. 20
79100 FREIBURG (KANZLEISITZ)

LUDWIG-ERHARD-ALLEE 10
76131 KARLSRUHE (BERATUNGSBÜRO)

SCHUTTERWÄLDERSTR. 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
06.06.2020

ZEICHEN
Muster-2020

Stichentscheid

In Sachen

Fr. C., Musterfrau & Mustermann C., Hauptstraße 02, 00000 Musterstadt
-Stichentscheidsklägerparteien (=Kl.)-

gegen

Rechtsschutzversicherung AG XY, Hauptstraße 01, 00000 Musterstadt
-Stichentscheidsbeklagtenpartei (=Bekl.)-

I. Einleitung und Verfahrensfragen:

Mit dem vorliegenden Stichentscheidsverfahren soll geprüft und begutachtet werden, ob die Leistungsablehnung der Stichentscheidsbekl. mit Schreiben vom 05.09.2018 bzgl. dem RS-Fall mit der Schadennummer S1234-12-12-123456 begründet oder nicht begründet ist. Der Stichentscheid muss keine besondere Form haben, vgl.

BGH VersR 1990, 414, 415; OLG Hamm VersR 2005, 1280;
Looschelders, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 42.

UST-ID:
DE XYXYXYXY

GESCHÄFTSKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	0000000	700 700 24	DE XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX	DEUTDEDBMUC

ANDERKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	0000000	700 700 24	DE YYYYYYYYYYYYYYYYYYYY	DEUTDEDBMUC



QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG
Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

Der Stichentscheid muss lediglich erkennen lassen, in welchen Punkten tatsächlicher und rechtlicher Art die Meinung des RS-Versicherers zutreffend bzw. unzutreffend ist¹, vgl.

(OLG Karlsruhe r+s 1996, 271;
Looschelders, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 42.

Folglich wird hier (nur) zu prüfen sein, ob die Wahrnehmung rechtlicher Interessen Aussicht auf Erfolg hat und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen, und zwar unter Darstellung des Streitstoffes, unter Aufarbeitung der beiderseits vorgebrachten Argumente, sowie unter Würdigung der Beweissituation, vgl.

Looschelders, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 43.

Im wesentlichen ist also auf die Argumente einzugehen, mit welchen der RS-Versicherer seine Leistungspflicht abgelehnt hat und es ist rechtlich zu begründen, ob und inwieweit diese Ansicht unrichtig bzw. richtig ist², vgl.

OLG Frankfurt VersR 1998, 357;
Looschelders, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 43.

Der Umfang der Aufarbeitung hängt freilich letztlich allein von der vorausgegangenen Korrespondenz mit dem RS-Versicherer bzw. dessen Einwendungen, der Komplexität des Streitstoffes und dem Stadium ab, in dem sich die Interessenwahrnehmung befindet, vgl.

OLG Naumburg, a.a.O.;
OLG Düsseldorf VersR 2006, 649;
Looschelders, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 42.

II. Darstellung des Streitstoffes und Sachverhalt

1. Zum Rechtsschutzfall

In dem Rechtsschutzfall geht es vorliegend um Schadensersatzansprüche der versicherten Kl. *wegen Arzthaftung gegen Herr Dr. T. Und Ärzte, sowie gegen das KreisKrankenhaus Musterstadt.*

¹ Die Stellungnahme des Rechtsanwaltes muss nicht einmal als Stichentscheid benannt werden, da die ARB hierzu keine Vorgaben enthalten (OLG Hamm VersR 2005, 1280). Ausreichend ist vielmehr, wenn aus der Stellungnahme hervorgeht, dass sie sich als abschließende Reaktion auf die Verneinung der Leistungspflicht und nicht nur als Gegenvorstellung im Rahmen der laufenden Korrespondenz versteht (Armbrüster, in: Prölts/Martin, VVG, 29. Aufl., § 3 a ARB 2010, Rn. 36; OLG Celle, Urteil v. 8. Dezember 2011, Az.: 8 O 148/11, zitiert nach juris, Rn. 40), OLG Naumburg, Urteil vom 07.07.2016 - 41 U 7/16.

² Das notwendige Maß einer rechtlichen Auseinandersetzung in dem Stichbescheid wird durch die Komplexität des jeweiligen Streitstoffes, aber vor allem auch durch die Einwände des Rechtsschutzversicherers in seinem Ablehnungsschreiben bestimmt, vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 07.07.2016 - 41 U 7/16.

Wegen der Einzelheiten zum Rechtsschutzfall wird zwecks Meidung von Wiederholungen vollinhaltlich auf die *Kostenschutzanfrage vom 17.08.2018*, sowie auf die als

Anlage „Stichentscheid 1“

beigefügten *Anspruchsschreiben vom 16.08.2018* verwiesen.

Zum weiteren Nachweis legen wir vor:

- *zahlreiche Behandlungsunterlagen*
- *Schadensfotos*
- *Schmerzfragebogen*

in Dateiform, zum Abruf bereit unter:

<https://www.dropbox.com.....>

2. Zur Korrespondenz mit der Beklagten<https://www.dropbox.com.....>

Die Kl. meldete den Rechtsschutzfall mit anwaltlichem *Email-Schreiben vom 17.08.2018* der Bekl. unter Übersendung *zweier Anspruchsschreiben vom 16.08.2018* und gutachterlicher medizinischer Stellungnahmen.

Die Bekl. reagierte mit *Schreiben vom 05.09.2018*, welches erst am *11.09.2018* bei der Klägerseite einging.

III. Argumente der Rechtsschutzversicherung

Erst mit *Schreiben vom 05.09.2018*, welches erst am *11.09.2018* bei der Klägerseite einging lehnt die Bekl. größtenteils den Kostenschutz ab und erhebt dabei Einwände im Sinne des § 18 ARB (zitiert werden die Muster ARB in Harbauer).

Die Bekl. beruft sich dabei lediglich darauf,

- dass angeblich der Haushaltsführungsschaden, und der Erwerbsschaden und
- der Zukunftsschaden nicht schlüssig dargelegt seien,
- gegen das Schmerzensgeld werden ebenso Einwände erhoben, gleichwohl wird dieser Posten nur mit einem Schadenswert von EUR 40.000 (anstatt EUR 120.000) gedeckt.

IV. Würdigung der versicherungsrechtlichen Rechtslage, der vorgebrachten Argumente und der Beweissituation

Die Einwendungen der Bekl. sind unbegründet. Der Rechtsschutzfall wurde auch bzgl. der Haftungshöhe ausreichend und schlüssig iSd § 17 III ARB dargelegt, ebenso bestehen hinreichende Erfolgsaussichten für den Rechtsschutzfall nach § 18 ARB.

1) Dargelegte Kernargumente im Rechtsschutzfall

a)

Aufgrund der Behandlungsfehler und Körperschäden begann für die damals 48-jährige Mandantin (heute 51 Jahre alt) ein drastischer Leidensweg mit zahlreichen erheblichen Folgeeingriffen und Behandlungen.

Die Mandantin musste sich seit der Infektion mit dem Krankenhauskeim zwischen dem 29.06.2015 und dem 02.07.2015 jeden Monat mehrfach nachbehandeln lassen, bis die Keiminfektion am 04.07.2016 erkannt wurde. Ab diesem Zeitpunkt folgten weiterhin zahlreiche Nachbehandlungen jeden Monat aufgrund der schweren Folge einer Depression und der Urtikaria. Insgesamt musste die Mandantin behandlungsfehlerbedingt 4 weitere Male operiert werden und sich zwei ReHa-Aufenthalten unterziehen. Auch ist sie seither permanent in ärztlicher Nachbehandlung durch ihren Hausarzt, sowie in Krankengymnastik.

Sie litt seit dem 09.07.2015 permanent am linken Fuß unter dauerhaften Schmerzen. Ab diesem Tag wanderte der Schmerz beginnend am linken kleinen Zeh über den kompletten Fußrücken nach oben. Der Fuß fühlte sich überhitzt an. Nach der OP am 17.02.2016 veränderte sich der Schmerz. Es trat erneut eine massive und extrem schmerzhafte, sowie überhitzte Schwellung des linken Fußes auf, sodass dieser in keinen Schuh mehr passte. Besonders die Belastung des linken Fußes war mit unerträglichen Schmerzen verbunden.

Es handelte sich um einen stechenden, pochenden und klopfenden Dauerschmerz mit leichten Schwankungen. Die Mandantin beschreibt diesen auch als heiß, brennend und drückend. Für die Mandantin fühlte es sich an, als stecke ein Messer in ihrem linken Fußrücken, was den elenden und scheußlichen Schmerz der Mandantin anschaulich beschreibt.

Auf einer Skala von 1 bis 10 (= stärkster vorstellbarer Schmerz) wurden die Schmerzen durchschnittlich mit 7,6 bewertet. Seit dem stationären Aufenthalt im KreisKrankenhaus Musterstadt vom 29.06.2015 bis zum 02.07.2015 konnte die Mandantin daher an keinem einzigen Tag ihren üblichen Aktivitäten nachgehen. Diese Schmerzen beeinträchtigten zu 100% den Alltag, die Freizeit und die Arbeitsfähigkeit. Die behandlungsfehlerbedingten Schmerzen erforderten Nachbehandlungen durch Ärzte zahlreicher Fachgebiete, insbesondere der Chirurgie, Orthopädie, Radiologie und Infektologie. Außerdem wurden Behandlungen durch einen Allgemeinmediziner, einen Heilpraktiker, einen Psychiater und einen Psychotherapeuten erforderlich.

Das allgemeine Wohlbefinden wurde auf einer Skala von 0 bis 5 mit durchschnittlich 0,4 als desaströs bewertet.

Die Mandantin fühlte sich behandlungsfehlerbedingt durchgängig in ihren Aktivitäten gebremst. Dadurch entstand ein unangenehmes Gefühl der Rastlosigkeit. Sie kann sich nun aufgrund der behandlungsfehlerbedingten Depressionen und der Urtikaria nicht mehr so freuen und lachen wie früher und blickt weniger positiv in die Zukunft.

Das Zusammenleben im ehelichen Bereich gestaltete sich für die Mandantin aufgrund der Keiminfektion zunehmend schwierig. Ihre aussichtslose Situation machte sie vor allem aggressiv.

Die medikamentöse Behandlung der Schmerzen mit Diclofenac, Novaminsulfon und Tilidin war, ebenso wie die Behandlung mit Infusionen und Einspritzungen in das Schmerzgebiet, sowie Psychotherapie, lediglich vorübergehend wirksam. Anzumerken ist auch, dass das

Medikament Tilidin bei starken bis sehr starken Schmerzen zur Anwendung kommt und bei der Mandantin Benommenheit und Schwindel als Nebenwirkung hervorrief. Um zu verhindern, dass die Schmerzen ins Unermessliche wachsen, musste die Mandantin permanent ihren Fuß hoch lagern, kühlen, sich Lymphdrainagen unterziehen und Krankengymnastik absolvieren, wobei der schmerzlindernde Effekt der Krankengymnastik ebenfalls nur von kurzer Dauer war. Sowohl die Massagen, als auch die Kur- und ReHa-Behandlung der Mandantin blieben dagegen völlig erfolglos. Es galt, jegliche Belastung des linken Fußes zu vermeiden, da dies die Schmerzen erheblich verschlimmerte.

Die Mandantin leidet seither unter Depressionen. Die behandlungsfehlerbedingt aufgetretenen Komplikationen führten zu einer massiven Erschöpfung und Zukunftssorgen.

Behandlungsfehlerbedingt leidet die Mandantin nun dauerhaft an Urtikaria, einer schwerwiegenden Reaktion ihres Körpers auf die Keiminfektion. Bei dieser dermatologischen Folge der Keiminfektion bilden sich auf der Haut der Mandantin brennende Quaddeln, die zunächst klein anfangen und dann immer größer werden. Sobald diese Quaddeln einmal verschwinden, bilden sich schon neue große und dicke Quaddeln. Auch ein zugeschwollenes Auge und eine heftige Schwellung der Oberlippe waren schmerzhaftige Folge der Keiminfektion.

a. Unmittelbare körperliche Folgen der Schädigung

Die körperlichen Folgen der Schädigung sind gravierend. Da die Mandantin behandlungsfehlerbedingt auf nicht absehbare Zeit an Urtikaria leidet, besteht ein Dauerschaden.

b. Anzahl der absolvierten Behandlungen

In der Folgezeit wurden zahlreiche Nachbehandlungen und Eingriffe nötig, insbesondere zwei umfangreiche ReHa-Aufenthalte, 4 operative Eingriffe und unzählige physiotherapeutische Maßnahmen und ambulante Behandlungen in unterschiedlichen Praxen und Einrichtungen, deren einzelne Aufzählung an dieser Stelle den Rahmen bei Weitem sprengen würde.

c. Psychische Auswirkungen

Die Auswirkungen der Keiminfektion und die unzähligen Nachbehandlungen erforderten deutlich über ein Jahr hinaus enorme Anstrengungen der Mandantin, die zu Erschöpfung und Depressionen führten. Sie fühlt sich seitdem antriebslos, wird von Alpträumen und Schlafstörungen geplagt, leidet an Angststörungen und Panikattacken und kann sich kaum noch konzentrieren. Die Mandantin hat auch Suizidgedanken. Diese psychischen Auswirkungen haben sich während dem Auftreten der Urtikaria noch weiter verstärkt.

d. Beeinträchtigung im täglichen Leben

Seit dem stationären Aufenthalt im KreisKrankenhaus Musterstadt (vom 29.06.2015 bis zum 02.07.2015) bis September 2016 war die Mandantin durchgehend in ihrer Mobilität eingeschränkt. Sie war zur Fortbewegung überwiegend auf die Nutzung von Unterarm-Gehstützen und einen Rollstuhl angewiesen. Zu sämtlichen Arztterminen musste die Mandantin von Familienangehörigen oder Freunden gefahren werden. Um ihre Wohnung zu erreichen, musste die Mandantin eine Treppe bewältigen. Dabei musste ihr Rollstuhl immer von anderen Personen getragen werden. In der Wohnung passte sie mit dem Rollstuhl nicht durch alle Türrahmen, was die Bewegung innerhalb der Wohnung erheblich einschränkte. Aufgrund der Keiminfektion ging ihre Selbständigkeit im täglichen Leben vollständig verloren.

Durch die Urtikaria muss die Mandantin immer ein Notfallset dabei haben, da der nächste Schub jederzeit auftreten kann. Dies behindert die Mandantin stark in ihren Aktivitäten.

i. Beruf

Früher arbeitete die Mandantin als Gehilfin im Bäderbetrieb (Badeaufsicht) in der XY Therme für 32 Stunden im Monat. Dies war ihr aufgrund der Keiminfektion und ihrer Folgen bis April 2017 nicht mehr möglich. Bis dahin ist es der Mandantin behandlungsfehlerbedingt nicht gelungen, den von ihrem Arbeitgeber geforderten notwendigen Nachweis der Rettungsfähigkeit zu erbringen. Dieser Nachweis ist jedoch erforderlich, um die Tätigkeit fortführen zu können. Es bestand daher eine Arbeitsunfähigkeit bis zum 20.03.2017.

ii. Haushalt

Der Mandantin war es seit der Keiminfektion im KreisKrankenhaus Musterstadt nicht mehr möglich, im Haushalt zu saugen, den Boden nass zu wischen, die Fenster und Schränke zu putzen oder auch nur die Wäsche aufzuhängen. An das Beziehen der Betten, Einkaufen oder Autofahren war überhaupt nicht zu denken.

iii. Freizeit

Da die Mandantin aufgrund der Keiminfektion auf Unterarmgehilfen und einen Rollstuhl angewiesen war, war es ihr nicht mehr möglich, ihren Freizeitaktivitäten nachzugehen. Sie war auch die meiste Zeit damit beschäftigt, ihren Arztterminen und der Organisation der Fahrten zu sämtlichen Nachbehandlungen und zur Krankengymnastik nachzukommen. Dies erforderte einen erheblichen Aufwand, da die Mandantin nicht alleine fahren konnte und für jede einzelne Fahrt andere Personen damit beauftragen musste. Bei der beträchtlichen Anzahl an Arztterminen stellt dies einen organisatorischen Aufwand dar, der den Großteil der Freizeit der Mandantin in Anspruch nahm.

iv. Sport

Aufgrund der Keiminfektion im KreisKrankenhaus Musterstadt litt die Mandantin an extremen Beschwerden, die sportliche Aktivitäten für über ein Jahr lang undenkbar machten. Als die Mandantin während eines ihrer ReHa-Aufenthalte versuchen sollte, sich sportlich zu betätigen, schwoll der Fuß sofort an und schmerzte massiv.

v. Reisen und Urlaub

Die Mandantin konnte behandlungsfehlerbedingt einen gebuchten Urlaub nicht antreten. Ihre Beschwerden und Beeinträchtigungen machten Reisen und Urlaube unmöglich.

vi. Sonstiges gesellschaftliches Leben

Mit ihren Unterarmgehilfen und dem Rollstuhl, zog sie alle Blicke auf sich. Vom gesellschaftlichen Leben zog sich die Mandantin deshalb immer weiter zurück, da sie die Blicke und Fragen der Mitmenschen nicht mehr ertragen konnte. Sie „verkroch“ sich die meiste Zeit zu Hause und ging keinen Aktivitäten mehr außer Haus nach.

vii. Im allgemeinen Leben und darüber hinaus

Das ganze Leben der Mandantin drehte sich nur noch um die Organisation der unzähligen Arztbesuche, die größtenteils erfolglos verliefen. Dadurch bestand das Leben der Mandantin über ein Jahr lang aus einem einzigen Kampf mit Rückschlägen.

viii. psychische Folgeschäden

Die Mandantin leidet seither unter einer Depression mit Suizidgedanken, Antriebslosigkeit, Alpträumen, Schlafstörungen, Angststörungen und Panikattacken. Außerdem ist ihre Konzentrationsfähigkeit nunmehr stark beeinträchtigt.

e. Bemessung

Aufgrund der vorliegenden physischen und psychischen Beeinträchtigungen, insbesondere aber des langen Leidensweges ist vorliegend ein Schmerzensgeld von

mindestens 120.000,00 Euro

angemessen, was gemessen an der Dauer zwischen Schadenstag (spätestens am 02.07.2015) im damaligen Alter der Patientin von 48 Jahren und ihrer durchschnittlicher Lebenserwartung von aktuell 85 Jahren³, d.h. gemessen an eine Zeitraum von 37 Jahren, d.h. 13.505,00 Tagen, gerade einmal ein Schadensausgleich von etwas knapp 9 EUR pro Tag be-

³ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/273406/umfrage/entwicklung-der-lebenserwartung-bei-geburt--in-deutschland-nach-geschlecht/>

deuten würde, was heute vielleicht gerade noch für ein Kantinenessen mit Getränk (und in 10-20 Jahren vielleicht nicht einmal mehr für ein Stück Kuchen) reicht.

Auch muss die zwischenzeitliche ganz erhebliche Geldentwertung beachtet werden, die in den nächsten Jahrzehnten wahrscheinlich drastisch in die Höhe gehen wird, vgl. KGR NZV 2002, 230 [232] und 338 [340]; 2003, 416 [420]; 2004, 473; OLG München, Urt. v. 01.07.2005 - 10 U 2544/05 und v. 28.10.2005 - 10 U 3813/05; Beschl. v. 19.07.2007 - 10 U 1748/07.

b)

☒ Wegen der übrigen Darlegungen zum Haushaltsführungsschaden, Erwerbsschaden und Zukunftsschaden verweisen wir auf die Seiten 27ff. der vorliegenden Anspruchsschreiben.

2) Würdigung

a)

Die Bekl. verkennt, dass für einen deckungspflichtigen Rechtsschutzversicherungsfall nach herrschender Rspr. (vgl. BGH VersR 1984, 530) schon ein nur vom VN „behaupteter Rechtsverstoß“ genügt. Maßstab sind hier demgemäß lediglich die sog. hinreichenden Erfolgsaussichten des Rechtsschutzfalles.

Hinreichende Erfolgsaussichten liegen entsprechend § 114 ZPO bereits vor, wenn

„der vom Antragssteller eingenommene Standpunkt zumindest vertretbar erscheint und eine Beweisführung möglich ist.“,

vgl. Musielak, ZPO-Kommentar, 12. Aufl., § 114 ZPO, Rn. 19.

Insoweit liegen die hinreichenden Erfolgsaussichten iSd ARB hier vor. Wir zitieren an dieser Stelle das OGH, Urteil vom 27. 8. 2008 (7 Ob 103/08 k):

In der Rechtsschutzversicherung ist bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten kein strenger Maßstab anzulegen (RIS-Justiz RS0081929; Knirsch, Verweigerung der Rechtsschutz-Versicherungsleistung wegen "keiner oder nicht hinreichender Aussicht auf Erfolg" AnwBl 1993, 725).

vgl. OGH, Urteil vom 27. 8. 2008 (7 Ob 103/08 k), VersR 2009, 1646

Das OLG Karlsruhe hat entschieden (OLG Karlsruhe 02.02.2006 - 12 U 263/05), dass - selbst wenn bereits eine Vielzahl von Begutachtungen vorliegen - nicht sicher davon ausgegangen werden kann, dass das Zivilgericht im Schadensersatzprozess keine weitere Beweiserhebung zu der Frage vornimmt, ob und in welchem Umfang die vom Kläger behaupteten Schadenfolgen durch das Schadensereignis verursacht worden sind.

Erst eine ausführliche Beweisaufnahme im Zivilprozess durch insbesondere

- Einholung von medizinischen und betriebswirtschaftlichen Sachverständigen-gutachten,
- Vernehmung der ärztlichen Mit- und Nachbehandler als sachverständige Zeugen,
- Vernehmung des Ehemanns als Zeugen,
- Parteivernehmung,
- Auswertung der medizinischen Unterlagen,
-

wird zeigen, dass die Ansprüche der Kl. nicht nur dem Grunde nach, sondern auch der Höhe nach gerechtfertigt und vom Zivilgericht ausgeurteilt werden.

b)

Insbesondere wurden die immateriellen Schäden korrekt bemessen, eine Beweis-aufnahme im Zivilprozeß wird diese bestätigen.

Die in der Kostenschutzanfrage (s.o.) dargelegten immateriellen Leiden und Folgen würden im Falle des positiven Ausgangs der Beweisaufnahme zu dem geltend ge-machten Schmerzensgeldanspruch führen. Ein Zivilgericht könnte vertretbar das geltend gemachte Schmerzensgeld ausurteilen.

Auf veraltete Schmerzensgeldtabellen braucht sich die Kl. hier nicht einlassen vgl.: Ziegler, Schmerzensgelder in Deutschland, Juristische Rundschau, Heft1/2009, S. 1ff.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass dieser konkrete Fall gerade nicht vergleichbar mit anderen Fällen ist und die Kl. keine passenden Vergleichsurteile finden konnte.

Eine passende Vergleichsentscheidung aus einem Tabellenwerk ist hier nicht er-sichtlich. Die in den Schmerzensgeldtabellen erfassten „Vergleichsfälle“ bilden oh-nehin nur „in der Regel den Ausgangspunkt für die tatrichterlichen Erwägungen zur Schmerzensgeldbemessung“ sind nur im Rahmen des zu beachtenden Gleich-heitsgrundsatzes als Orientierungsrahmen zu berücksichtigen, vgl. m.w.N.: OLG München, SU vom 24.09.2010 - 10 U 2671/10, BeckRS 2010, 23467. Deshalb können aus der Existenz bestimmter ausgeurteilter Schmerzensgeldbeträge keine unmittelba-ren Folgerungen abgeleitet werden, vgl. OLG München, Ur. v. 05.03.2004 - 10 U 4794/03 und v. 08.09.2006 - 10 U 3471/06; OLG Hamm zfs 2005, 122 [124]). Verweise auf solche Vergleichsfälle ohne umfassende Herausarbeitung der Fallähnlichkeit, die neben den Verletzungen weitere 11 Variable, nämlich Geschlecht, Alter, Beruf, Vor-schädigung, Empfindlichkeit, Einkommen und Vermögensverhältnisse des Geschä-digten, sowie Verschulden, Einkommen, Vermögensverhältnisse und Versicherung des Schädigers zu berücksichtigen hat (Berger VersR 1977, 877 [878 unter II 3]), sind

also nicht weiterführend, m.w.N.: OLG München, SU vom 24.09.2010 - 10 U 2671/10, BeckRS 2010, 23467.

Weiter muss die Entstehungszeit der herangezogenen Vergleichsfälle beachtet werden: Der BGH hat bereits in VersR 1976, 967 (968) betont, dass das erkennende Gericht grundsätzlich nicht gehindert sei, die von der Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen bisher gewährten Beträge zu unterschreiten oder über sie hinauszugehen, wenn dies durch veränderte allgemeine Wertvorstellungen oder die wirtschaftliche Entwicklung gerechtfertigt ist., m.w.N.: OLG München, SU vom 24.09.2010 - 10 U 2671/10, BeckRS 2010, 23467.

— Dieser Entscheidung, die in Rechtsprechung (vgl. etwa KG in KGR 2003, 140 [142]) und Literatur (vgl. etwa Jaeger/Luckey a. a. O. Rz. 1012, 1013) Zustimmung gefunden hat, ist der aus das OLG München in der o.g. Entscheidung gefolgt beigetreten (vgl. auch OLG München, Beschl. v. 19.07.2007 - 10 U 1748/07).

— Konkret bedeutet dies, dass bei der Heranziehung von Vergleichsfällen die Tatsache zu beachten ist, dass die Rechtsprechung bei der Bemessung von Schmerzensgeld nach gravierenden Verletzungen deutlich großzügiger verfährt als früher, vgl. OLG Köln VersR 1992, 1013 und 1995, 549; Jaeger/Luckey Rz. 1023; vgl. auch Strücker-Pitz VersR 2007, 1466 ff. und zugunsten des Geschädigten die zwischenzeitliche Geldentwertung (KGR NZV 2002, 230 [232] und 338 [340]; 2003, 416 [420]; 2004, 473; OLG München, Urt. v. 01.07.2005 - 10 U 2544/05 und v. 28.10.2005 - 10 U 3813/05; Beschl. v. 19.07.2007 - 10 U 1748/07; Geigel/Pardey a. a. O. Kap. 7 Rz. 56; Jaeger/Luckey Rz. 1023; Hacks/Ring/Böhm a. a. O. S. 16) in Rechnung zu stellen ist.

c)

Auch die weiteren materiellen Schäden wurden korrekt dargelegt, eine Beweisaufnahme im Zivilprozeß wird diese bestätigen.

— Die in der Kostenschutzanfrage (s.o.) dargelegten materiellen Schäden Folgen würden im Falle des positiven Ausgangs der Beweisaufnahme zu dem geltend gemachten Haushaltsführungsschaden (und vermehrt Bedürfnisse), Erwerbsschaden und Feststellungsurteil führen. Ein Zivilgericht könnte vertretbar die geltend gemachten Ansprüche über § 287 ZPO ermitteln und ausurteilen.

aa)

Deckung ist nach § 17 IV ARB in solchen Zivilfällen zu gewähren für die „entstandenen“ Schäden, d.h. für alle Ansprüche, die aus dem Schadenereignis entstanden sind, maßgeblich ist dabei der Umfang der §§ 249ff. BGB, und §§ 842ff. BGB, so dass neben Schmerzensgeld, auch alle materielle Schäden, wie vergangene und

künftige Schadensrenten aufgrund Personenschaden in den Schadensersatz-Rechtsschutz fallen (vgl. Harbauer, 8. Aufl., § 2 ARB 2000, Rn. 37-39, 52).

Maßgeblich ist hierbei allein, dass die Voraussetzungen der jew. Schadensnormen erfüllt sind, so dass auch künftige Schadensrenten, welche in den §§ 843, 842 und 252 geregelt sind, in den Schadensersatz-Rechtsschutz fallen. Hierfür ist nach § 17 IV ARB die Deckung in vollem Umfang zu gewähren.

bb)

Es reicht im Zivilrecht grds. schon eine bloße Mitverursachung aus, um einen Ursachenzusammenhang zu bejahen (dies betrifft Primär- und Sekundärschaden gleichermaßen), vgl. OLG Düsseldorf · Urteil vom 12. März 2007 · Az. I-1 U 206/06.

Aufgrund der Bewertung der Fehler als grobe Fehler, liegt hier eine Beweislastumkehr vor. Es verstößt hier nämlich das genannte Verhalten in einem solchen Ausmaß gegen elementare medizinische Grundkenntnisse, dass es aus medizinischer Sicht schlechterdings unverständlich ist.

cc)

Die Frage, welche Sekundärfolgen aus den schadensbedingten erheblichen Primärverletzungen entstanden sind und weiterhin entstehen, betrifft die haftungsausfüllende Kausalität. Daraus ergibt sich für den Geschädigten der prozessuale Vorteil der Beweismaßerleichterung des § 287 ZPO, wonach für den Ursachenzusammenhang eine niedrigere Wahrscheinlichkeit genügt, vgl. OLG Düsseldorf · Urteil vom 12. März 2007 · Az. I-1 U 206/06.; BGH NJW 2004, 2828, 2829.

Nach Greger in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016 gilt bei Schadensersatzansprüchen, dass das Gericht die Schadenshöhe frei schätzen kann und soll, wobei in Kauf genommen wird, dass die richterliche Schätzung u.U. mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt (BGH NJW 2013, 525, 527; BAG NJW 63, 926). Bei Schwierigkeit des Schadensnachweises ist ein Mindestschaden zu schätzen, sofern wenigstens hierfür Anhaltspunkte bestehen (BGH NJW 2013, 2584, 2586; 2005, 3348; 94, 663; 92, 2753; 87, 909, 910). vgl. Greger in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 287 ZPO, Rn. 2.

Folglich sind die dargelegten Umstände zur Haftungshöhe (v.a. Haushaltsführungsschäden, vermehrte Bedürfnisse, Zukunftsschäden) hier ausreichend, das Zivilgericht wird diese zum Anlass nehmen, um nach Durchführung der Beweisaufnahme eine richterliche Schätzung nach § 287 ZPO vorzunehmen.

dd)

Wir verweisen zudem auf das Urteil des LG Landshut vom 16.04.2013, Az. 74 O 3164/12 (vgl. Anlage):

„Die Rechtsverfolgung der Klagepartei in der geltend gemachten Höhe hat auch hinreichende Erfolgsaussicht im Sinne von § 18 ARB. Die zu dem Begriff "hinreichend Aussicht auf Erfolg" zu § 114 ZPO entwickelten Grundsätze gelten auch für die Rechtsschutzversicherung. Der Standpunkt des Versicherungsnehmers muss nach den von ihm aufgestellten Behauptungen und den ihm bekannten Einwänden des Gegners zumindest vertretbar sein und es muss zumindest die Möglichkeit bestehen, die zu beweisenden Tatsachen mit Hilfe zulässiger und geeigneter Beweismittel zu beweisen (vgl. BGH, NJW 1994, 1161; BGH, VersR 1987, 1186).

Es darf jedoch keine Beurteilung der Beweis Chancen durch eine antizipierte Beweiswürdigung stattfinden (vgl. BGH, NJW 1994, 1161). Es genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Prozess Erfolges, wobei die Anforderungen nicht zu hoch gestellt werden dürfen. Das Vorbringen des Versicherungsnehmers muss schlüssig sein und beweisbar. Wenn der Versicherungsnehmer für seinen Sachvortrag Beweis anbietet, kann der Versicherer bei der Prüfung der Erfolgsaussichten das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vorwegnehmen. Die Erfolgsaussicht kann auch nicht verneint werden, wenn eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage in der Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt ist (vgl. van Bühren/Plote, ARB, § 18 A Rz. 17-21). Hier hat die Klagepartei alle Folgen bei der Klägerin zu 1. und beim Kläger zu 2. dargestellt und jeweils unter Beweis gestellt durch das Anbieten eines medizinischen Sachverständigengutachtens, betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens sowie unter Benennung der behandelnden Ärzte und Therapeuten als Zeugen und unter Vorlage der Behandlungsunterlagen. Dieser Vortrag ist schlüssig. Die dargelegten Folgen sind durch die angegebenen Beweismittel zu beweisen.

Auch die Höhe der dargestellten Schäden ist schlüssig und kann durch die dargelegten Beweismittel bewiesen werden. Da die Beweisaufnahme bei der Prüfung der Erfolgsaussichten nicht vorwegzunehmen ist, darf die Beweisaufnahme auch hinsichtlich der Höhe der geltend gemachten Schäden nicht vorweggenommen werden.

Dies wäre jedoch der Fall, wenn die Beklagte vorträgt, dass in der Rechtsprechung bei ihrer Meinung nach vergleichbaren Fällen geringere Schadensersatz- und Schmerzensgeldbeträge bezahlt wurden. Da der Vortrag zu der Höhe der Schmerzensgeld- und Schadensposten schlüssig ist, ist es eine Frage der Beweisaufnahme zu den einzelnen Folgen bei der Klägerin zu 1. und dem Kläger zu 2., wie hoch im Ergebnis die Schmerzensgeldbeträge und die Schadensersatzpositionen anzusetzen sind.“

3)

Die Rechtsschutzversicherung ist ein sog. Risikoversicherer, d.h. das Schwergewicht der Versicherungsleistung liegt in der Übernahme des Kostenrisikos, das die Erledigung der Rechtsangelegenheit des VN in sich birgt, mithin hat sie nicht nur Versicherungsbeiträge von den Kunden zu vereinnahmen, sondern auch das Risiko von solchen Berufungsrechtsstreitigkeiten zu tragen,

vgl. BGH r+s 99, 285 = VersR 99, 706 = NVersZ 99, 441
= DAR 99, 311 = MDR 99, 866 = NJW-RR 99, 1037 = Zfs 99, 439.

4)

Die Rechtsschutzversicherung verkennt ferner, dass -wie bereits im Urteil des LG Landshut vom 16.04.2013, Az. 74 O 3164/12 dargelegt wird- die Vorwegnahme der Beweisaufnahme durch den Rechtsschutzversicherer unzulässig ist; denn der Versicherungsnehmer hat bei seiner Kostenschutzanfrage lediglich zulässige Beweismittel iSd ZPO zu benennen und anzuführen.

Der Rechtsschutzversicherer kann einen (schriftlichen) Beweis u.ä. gerade nicht fordern, da bspw. die Zeugenvernehmung der Ärzte, Nachbehandler, Angehörigen, Steuerberater, sowie die gerichtliche medizinische und betriebswirtschaftliche Sachverständigenbegutachtung zulässige und übliche Beweismittel im Medizinrecht/Versicherungsrecht/Zivilrecht sind (Harbauer, 8.Aufl., §17 ARB 2000, Seite 623, Rndr. 37).

Wir zitieren an dieser Stelle das OGH, im Urteil vom 27. 8. 2008 (7 Ob 103/08 k): „Nach ständiger Rechtsprechung ist im Deckungsprozess nicht der Haftpflichtprozess vorwegzunehmen. Beweisaufnahmen und Feststellungen zur Tatfrage, wer den Schaden des VN durch welches Verhalten herbeigeführt hat, sind insoweit überflüssig und sinnlos, weil sie keinerlei Bindungswirkung für den Haftpflichtprozess erzeugen. Es muss daher im Deckungsprozess, wenn im Haftpflichtprozess reine Tatfragen strittig sein werden, grundsätzlich damit sein Bewenden haben, dass im Haftpflichtprozess anzubietende Beweismittel einer Prüfung zu unterziehen sind, ob sie grundsätzlich geeignet sind, dem Kläger im Haftpflichtprozess zum Erfolg zu verhelfen, wobei sie aber grundsätzlich nicht bereits im Deckungsprozess aufzunehmen sind.“ vgl. OGH, Urteil vom 27. 8. 2008 (7 Ob 103/08 k), VersR 2009, 1646.

So auch das LG Stuttgart mit Urteil vom 12.07.2019: Die Interessenwahrnehmung, für die der Versicherungsnehmer einer Rechtsschutzversicherung Deckungsschutz begehrt, muss nämlich nur hinreichende Aussicht auf Erfolg haben. Dies bemisst sich nach den zu § 114 ZPO entwickelten Grundsätzen. Der Standpunkt des Versicherungsnehmers muss nach den von ihm aufgestellten Behauptungen und den ihm bekannten Einwendungen des Gegners lediglich vertretbar sein. Es muss nur als möglich erscheinen, dass der Versicherungsnehmer den Beweis der von ihm zu beweisenden Tatsachen mithilfe zulässiger und geeigneter Beweismittel zu führen vermag. Eine Beurteilung durch antizipierte Beweiswürdigung seitens des RS-Versicherers darf bei der Prüfung der Erfolgsaussichten grundsätzlich nicht (!) stattfinden. LG Stuttgart, Urteil vom 12.07.2019 - 3 O 381/18, BeckRS 2019, 14940, (FD-VersR 2019, 419214, beck-online).

5)

Zudem ist die Rechtsschutzversicherung hier bereits aus mehreren Gründen mit ihren Einwendungen im Schreiben vom 19.04.2017 (Zugang erst am 24.04.2017) präkludiert.

a)

Die Beklagte erklärte bereits zuvor am ... den Kostenschutz zum Rechtsschutzfall, dieser bereits am ... dargelegt wurde und um Kostenschutz gebeten wurde, damit erkannte die Beklagte die geschilderten Umstände zum Rechtsschutzfall (Haftungsgrund und -höhe) verbindlich an.

— Die in der Praxis wichtige Deckungszusage, mit der der RSVersicherer seine Leistungspflicht für einen bestimmten Versicherungsfall bestätigt, stellt für den VN die Grundlage für sein weiteres außergerichtliches und gerichtliches Vorgehen dar. Sie ist für ihn deshalb äußerst wichtig.

— Die Deckungszusage stellt ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar, welches spätere Einwendungen und Einreden des RSVersicherers ausschließt, die ihm bei Abgabe der Deckungszusage bekannt waren oder die er zumindest für möglich gehalten hat (BGH VersR 66, 1174 zur Haftpflichtversicherung ergangen) bzw. mit denen er zumindest rechnete (BGHZ 117, 345 = r+s 92, 201 = NJW 92, 1509 = VersR 92, 568 = ZfS 92, 211 = MDR 92, 652; OLG Düsseldorf VersR 2002, 884 = ZfS 2002, 149 = NVersZ 2002, 190; OLG Karlsruhe r+s 98, 199; KG Berlin VersR 97, 1352 = ZfS 97, 151 = r+s 96, 492; OLG Oldenburg r+s 95, 463; OLG Köln r+s 97, 201; r+s 2001, 248; LG Hagen r+s 2002, 22; Schirmer r+s 99, 44, 50; P/M/Prölss/Armbrüster § 17 ARB 75 Rdnr. 5).

— Der VN kann sich aber auch dann auf die Deckungszusage berufen, wenn der RS-Versicherer auf Grund des ihm bekannten Sachverhaltes die Einwendungen hätte kennen müssen (OLG Saarbrücken VersR 2006, 964 = r+s 2006, 151; LG München I r+s 98, 203; AG Düsseldorf r+s 90, 91; 92, 380; AG Cloppenburg r+s 91, 378; offen lassend KG Berlin r+s 96, 492; P/M/Prölss/Armbrüster § 17 ARB 75 Rdnr. 14; Schirmer r+s 99, 40, 45; Bauer, Aktuelle Probleme in der Regulierungspraxis, S. 72), vgl. zum Ganzen:

— Harbauer, ARB-Kommentar, 8. Aufl., ARB 2000, § 17, Rn. 16f.

Da die Beklagte nun nachträglich ihre gemachte Zusage wieder einschränkte bzw. „zurücknahm“, erklärte sie den Widerruf ihrer Kostenschutzzusage. Ein solcher Widerruf ist hier jedoch unbegründet,

Harbauer, ARB-Kommentar, 8. Aufl., ARB 2000, § 17, Rn. 17.

Bereits aus diesem Grunde ist der vorliegende Stichentscheid begründet.

b)

Die neuen Einwendungen der Rechtsschutzversicherung erfolgten zudem verspätet.

Die Kl. meldete den Rechtsschutzfall mit anwaltlichem *Email-Schreiben vom 17.08.2018* der Bekl. unter Übersendung *zweier Anspruchsschreiben vom 16.08.2018* und gutachterlicher medizinischer Stellungnahmen.

Die Bekl. reagierte mit *Schreiben vom 05.09.2018, welches erst am 11.09.2018 bei der Klägerseite einging.*

Daher erfolgten die neuen Einwendungen der Rechtsschutzversicherung verspätet. Die nach § 18 ARB erfolgte Ablehnung muss nämlich unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) erfolgen. Teilt der RSVersicherer seinen Willen zur Verneinung der Leistungspflicht nicht „unverzüglich“ mit, dann verliert er das Recht, sich auf fehlende hinreichende Erfolgsaussicht oder Mutwilligkeit zu berufen. Dies entspricht der gängigen Rechtsprechung des BGH,

vgl. VersR 2003, 638 = r+s 2003, 363;
VersR 2003, 1122 = r+s 2003, 362

und der ständigen obergerichtlichen Rechtsprechung,

vgl. OLG Düsseldorf VersR 2001, 233 = ZfS 2001, 228 = r+s 2001, 198;
OLG Hamm VersR 99, 1362;
OLG Frankfurt NJW-RR 97, 1366 = VersR 98, 357;
OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 326 = r+s 2004, 107; NJW-RR 97, 1386

Die herrschende Rechtsprechung geht durchweg davon aus, dass „unverzüglich“ eine Bearbeitungszeit von grds. zwei Wochen bedeutet,

vgl. LG Köln, Urteil vom 13. 2. 1991 - 24 O 251/90
OLG Köln, Urteil vom 7. 11. 1991 - 5 U 50/91
OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 09.07.1997 - 7 U 210/96
LG Aachen; OLG Köln, Urteil vom 23.12.1987 (4 O 99/87; 5 U 61/88)

Wir nehmen zudem Bezug auf folgende Entscheidungen und die zugehörigen Urteilsanmerkungen, vgl.

LG München I vom 12.05.2011, r+s 2014, S. 497ff.
LG München I vom 24.08.2012, VersR 2014, S. 872ff.

Wir zitieren zudem OGH, Urteil vom 27. 8. 2008 (7 Ob 103/08 k):

Die Bekl. hatte den Klageentwurf zur Verfügung und unterließ es, innerhalb der 14-tägigen Frist der Kl. gegenüber eine Stellungnahme abzugeben oder Einwände gegen die Höhe des Begehrens oder Bewertung des Feststellungsbegehrens zu erheben.

vgl. OGH, Urteil vom 27. 8. 2008 (7 Ob 103/08 k), VersR 2009, 1646

Auch gemäß Armbrüster in Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 29. Auflage 2015, Rn. 12f. ist herrschende Meinung:

— Der VR ist aufgrund der ihn treffenden, in § 242 BGB wurzelnden Kooperationspflicht (siehe Einl. Rn. 247 ff.) zur zügigen Bearbeitung der Deckungsanfrage verpflichtet. Hierfür ist in der Regel eine Frist von bis zu drei Wochen angemessen (vB/P/van Bühren § 5 ARB 2010 Rn. 127). Im Einzelfall kann sich diese Frist jedoch verkürzen, etwa wenn bei ihrer Ausschöpfung dem VN unmittelbare Rechtsnachteile drohen.

c)

— Darüber hinaus hat die Beklagte die gesetzliche Hinweispflicht des § 128 Satz 2, 3 VVG nicht (ausreichend) beachtet, da bis heute ein ausreichend ausformulierter Hinweis auf die Regelung des § 18 ARB nicht erfolgte. Auch daher hat die Beklagte ihr Einwendungsrecht verloren (vgl. Harbauer, 8. Aufl., ARB 2000, vor § 18 Rdnr. 11 und zu § 18 Rdnr. 3f, und zu § 128 VVG Rdnr. 7f).

Die Bekl. gibt hier dem VN zu verstehen, dass sie den gesamten Rechtsschutzfall als nicht schlüssig dargelegt und daher hinreichend erfolgversprechend einstuft. Dies lässt sich für einen Versicherungsnehmer nur als gesamte „Verneinung der Leistungspflicht“ iSd § 128 VVG verstehen.

— Bei den Einwendungen im Ablehnungsschreiben der Bekl. handelt es sich daher um Einwendungen zu den Erfolgsaussichten des Anspruchs (vgl. LG München I, Urteil vom 24.08.2012 - 12 O 9547/12) und damit um eine echte Verneinung der Leistungspflicht iSd § 128 VVG.

Bei einer solchen ablehnenden Entscheidung eines Rechtsschutzversicherers ist jedoch zwingend ein vollständiger Hinweis gem. § 128 S. 2 VVG erforderlich. Dies gilt entsprechend auch bei einer nur teilweisen Ablehnung des Anspruchs.

Die Bekl. hatte hier aber den erforderlichen Hinweis auf Seite 2 ihres Schreibens in ausreichendem Maße unterlassen, so dass die Präklusionsfolge eintrat (vgl. § 128 S. 3 VVG). Denn der Hinweis nach § 128 S2 VVG muss für den juristischen Laien (der

VN) verständlich und ausreichend formuliert sein. Der rechtliche Laie (hier der VN) muss hierdurch umfassend belehrt werden und in die Lage versetzt werden, seine Rechte nach § 128 VVG in ausreichendem Maße wahrnehmen zu können.

(Zudem: Der bloße Hinweis auf § 18 ARB und/oder das bloße Zitieren von einzelnen Textbausteinen aus § 18 ARB reicht hierfür nicht aus (hier können die Erfordernisse zur Hinweispflicht nach § 19 V VVG entsprechend angewendet werden: vgl.: Bruck/Möller, Großkommentar zum VVG, 2008, § 19, Rn. 116; Beckmann/Matusche, Versicherungsrechtshandbuch, 2. Aufl., 2009, § 14 Rn. 9; und Reusch in VersR 2007, 1313, 1320)).

Es liegen insbesondere folgende Verstöße gegen § 128 VVG:

- *Den Hinweis mit den ARB abgleichen!*
- *Erschwert der Hinweis die Rechte nach § 128 VVG?*
- *Das LG Düsseldorf nahm in verschiedenen Entscheidungen einen fehlerhaften Hinweis auf das Stichentscheidungsverfahren gem. § 128 II VVG an mit der Folge, dass das Rechtsschutzbedürfnis gem. § 128 III VVG als anerkannt galt. Dies betraf auch den vorliegenden Fall, bei denen in der Belehrung des Rechtsschutzversicherers eine Monatsfrist gesetzt worden war. Das Gericht weist darauf hin, dass ein Hinweis auf das Schiedsgutachterverfahren selbst bei einer anwaltlichen Vertretung des Versicherungsnehmers unzulänglich sei, wenn er eine Frist zu dessen Einleitung vorsieht. Das VVG sähe keine zeitliche Beschränkung für das Überprüfungsverfahren vor und nach § 129 VVG dürfe nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers von den Regelungen des § 128 VVG abgewichen werden, vgl. hierzu NJW 2018, 2169). Das LG Düsseldorf stellt in seinem Ur. v. 9.3.2017 - 9 O 157/16 fest: „Die Beklagte kann ihre Leistungspflicht nicht deshalb verneinen, weil die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Klägers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig ist (§ 128 S. 1 VVG i.V.m. § 18 ARB 2010). Das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers gilt nach § 128 S. 3 VVG als anerkannt, weil kein zutreffender Hinweis nach § 128 S. 2 VVG erfolgte. Nach § 128 S. 3 VVG gilt das Rechtsschutzbedürfnis des Versicherungsnehmers als anerkannt, wenn der Versicherungsvertrag kein Verfahren i.S.d. § 128 VVG vorsieht oder der Versicherer einen Hinweis nach § 128 S. 2 VVG unterlässt. Gleiches muss gelten, wenn zwar ein Hinweis erfolgt, dieser aber fehlerhaft ist (OLG Dresden VersR 2013, 450). Die Beklagte hat dem Kläger im Schreiben vom 14.12.2015 zwar einen Hinweis im Sinne des § 128 S. 2 VVG erteilt, dieser war jedoch fehlerhaft. Zum einen sieht der Hinweis der Beklagten entgegen § 128 S. 2 VVG eine Monatsfrist vor. Das VVG sieht an dieser Stelle keine zeitliche Beschränkung für das Überprüfungsverfahren vor (vgl. Rixecker, in: Römer/Langheid, VVG, 5. Aufl. 2016, § 128 Rn. 6). Nach § 129 VVG kann von § 128 VVG nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abgewichen werden. In der von der Beklagten im Ablehnungsschreiben gesetzten Monatsfrist liegt ein nicht unerheblicher Nachteil für die Klägerin. Ob sich die Beklagte letztlich auf die Einhaltung der Monatsfrist beruft, ist für die Beurteilung des Hinweises unerheblich. Insofern ist zu beachten, dass es für den Versicherungsnehmer nicht vorherzusehen ist, ob sich der Versicherer auf die Frist berufen wird oder nicht.“ (LG Düsseldorf Ur. v. 9.3.2017 - 9 O 157/16, vgl. Anlage)*

6)

Die Verfolgung der rechtlichen Interessen stellt auch keine Obliegenheitsverletzung nach § 82 I VVG, oder nach § 17 Abs. 5 c) cc) ARB dar.

§ 82 I VVG regelt lediglich Obliegenheiten, die beim Eintritt des VersFalles zu erfüllen sind,

Prölss/Martin/Voit VVG § 82 Rn. 1-2

Im vorliegenden Fall ist der Rechtsschutzfall bereits durch die ärztlichen Behandlungsfehler eingetreten, vgl. § 4 Abs. 1 a) und e) ARB. Mithin passt § 82 I VVG schon tatbestandlich nicht.

Auch greift § 82 II VVG nicht, da die Beklagte hier keine solchen zulässigen Weisungen erteilte. Vielmehr erklärte die Beklagte den Kostenschutz (Anlage K16) und die Klägerin durfte sich darauf verlassen. Weiterhin ist es dem RS-Versicherer untersagt (und dies gilt auch für § 82 II VVG) dem VN rechtsberatende Weisungen zu erteilen, der RS-Versicherer ist nicht zur Rechtsberatung befugt (vgl. §§ 1 ff. RDG.) und darf insoweit schon keine Weisungen erteilen.

Die Beweislast für eine Obliegenheitsverletzung trägt der Versicherer (VR). Der VR hat darzulegen und zu beweisen, welche konkreten Maßnahmen der VN hätte ergreifen können und ggf. müssen,

Prölss/Martin/Voit VVG § 82 Rn. 20

Es finden demnach weder § 82 VVG, noch § 17 Abs. 5 c) cc) ARB Anwendung.

Wenn schon keine Obliegenheit zur Beschränkung auf eine Teilklage besteht, dann kann erst Recht keine Obliegenheit für einen Verzicht auf gewisse Schadensanspruchssteile bestehen,

München VersR 2010, 1362.

Zudem bliebe der VR nach § 82 Abs. 4 VVG zur Leistung verpflichtet, soweit (wie hier) die Verletzung weder für die Feststellung des VersFalles noch für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht ursächlich ist,

Prölss/Martin/Voit VVG § 82 Rn. 30.

Die dem Versicherungsnehmer aufgegebene Obliegenheit des § 17 Abs. 5 c) cc) ARB,

„... soweit seine Interessen nicht unbillig beeinträchtigt werden, ... cc) alles zu vermeiden, was eine unnötige Erhöhung der Kosten oder eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite verursachen könnte“

ist wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot und das Leitbild der §§ 6, 62 VVG a. F. nach § 307 BGB ohnehin unwirksam,

Harbauer, ARB-Kommentar, 8. Aufl., ARB 2000, § 17, Rn. 76a

V. Bindungswirkung des Stichentscheides

Der Stichentscheid ist grds. für beide Teile bindend⁴. Der vorliegende Stichentscheid setzt sich mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auseinander. Selbst das bloße Vertreten einer Mindermeinung wäre im Rahmen eines Stichentscheides zulässig, sofern diese Ansichten nicht vollkommen unvertretbar wären, vgl.

Looschelders, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 45ff.

- Die Ergebnisse des vorliegenden Stichentscheids sind allesamt begründet und vertretbar.

Neue Einwendungen darf die RS-Versicherung nicht mehr vorbringen.⁵

VI. Kosten des Stichentscheides

Der Rechtsschutzversicherer trägt bedingungsgemäß die Kosten für das Stichentscheidsverfahren (sogar auch dann, wenn die Stellungnahme des Rechtsanwalts des Versicherungsnehmers neben der Darlegung des Streitstoffs und der Beweislastverteilung sowie der Auseinandersetzung mit der Ansicht des Rechtsschutzversicherers ergänzenden Tatsachenvortrag enthält. Denn Form und Umfang der Ausführungen sind einzelfallbezogen von der Komplexität des Streitgegenstandes und der vorangegangenen Korrespondenz abhängig.), vgl.

⁴ Ein Versicherer kann sich gegenüber einem anwaltlichen Stichentscheid nicht mehr darauf berufen, der beabsichtigten Klage komme keine hinreichende Erfolgsaussicht zu oder sie sei mutwillig. Ihm bleibt nach § 18 Abs. 2 S. 2 ARB lediglich noch der Einwand, der Stichentscheid weiche offenbar von der wirklichen Sach- und Rechtslage erheblich ab. Damit ist gemeint, dass die gutachterliche Stellungnahme die Sach- und Rechtslage gröblich oder erheblich verkennt. Offenbar ist eine solche Abweichung aber erst dann, wenn sie sich einem Sachkundigen, sei es auch nach gründlicher Prüfung, mit aller Deutlichkeit aufdrängt. Dies ist indes noch nicht der Fall, wenn der Rechtsanwalt in seiner Stellungnahme von mehreren Rechtsmeinungen eine bloße Mindermeinung vertritt, die höchstrichterlich noch nicht geklärt ist, oder es sich sonst um eine schwierige Rechtsfrage handelt, die voraussichtlich den Ausgang des beabsichtigten Rechtsstreits entscheidet, vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 07.07.2016 - 41 U 7/16.

⁵ Beachtung hat ferner zu finden, dass es sich bei dem anwaltlichen Stichentscheid um kein umfassendes Rechtsgutachten handelt. Der Stichentscheid hat lediglich die Aufgabe, sich mit den Ablehnungsgründen des Versicherers auseinander zu setzen und diese gegebenenfalls zu entkräften. Mit weiteren, nicht in dem Ablehnungsschreiben genannten denkbaren Ablehnungsgründen muss sich der Stichbescheid hingegen nicht auseinandersetzen. Vor allem ist es dem Rechtsschutzversicherer verwehrt, nachträglich, etwa im Rahmen einer Deckungsschutzklage, weitere Ablehnungsgründe ins Feld zu führen, um so dem Stichentscheid seine vorgesehene Bindungswirkung zu nehmen. Vielmehr ist er gehalten, alle Ablehnungsgründe bereits in seiner Ablehnungsentscheidung anzuführen (OLG Hamm, Urteil v. 14. Oktober 2011, Az.: 20 U 92/10, zitiert nach juris, Rn. 20 m.w.N.). Ansonsten stände es dem Versicherer unzulässiger Weise offen, eine Klärung seiner Einstandspflicht auf eine spätere Deckungsklage zu verlagern, wodurch der Stichentscheid seiner, in den ARB vorgesehenen Bedeutung beraubt würde, eine schnelle und eindeutige Klärung des umstrittenen Deckungsschutzes herbeizuführen, vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 07.07.2016 - 41 U 7/16.

AG Berlin-Lichtenberg, Urteil vom 01.07.2015 -
8 C 93/15, BeckRS 2015, 15794

Die Kosten des Stichentscheids trägt demgemäß der RS-Versicherer, hierfür kann der Rechtsanwalt⁶ eine Geschäftsgebühr gem. Ziff. 2300 RVG-VV verlangen, der Gegenstandswert bestimmt sich nach dem Kostenrisiko des Versicherers für die Instanz, für die Versicherungsschutz verlangt wird

OLG Hamm 1984, 257;

Looschelders, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 45.

Nach Abschluss des Verfahrens werden wir der Bekl. unsere Kostennote übersenden.

VII. Ergebnis des Stichentscheids

Der Kostenschutzanspruch ist vollständig begründet. Wir regen die Erteilung der Kostenschutzsage an.

Mit freundlichen Grüßen

Michael Graf
Fachanwalt für Versicherungsrecht
Fachanwalt für Medizinrecht

⁶ In Ansehung der Regelung in § 18 Abs. 2 S. 1 ARB, wonach der Versicherungsnehmer einen Rechtsanwalt auf Kosten des Versicherers veranlassen kann, einen Stichentscheid abzugeben, sowie unter Berücksichtigung der entsprechenden Ausführungen der Beklagten in ihrem Ablehnungsschreiben entsprach es aus Sicht aller Beteiligten dem einvernehmlichen Willen, dass nicht der VN der Schuldner der Kosten eines Stichentscheids sein, sondern vielmehr dem Anwalt ein direkter Zahlungsanspruch gegen die RSV zukommen sollte. Dabei spielt es keine Rolle, ob man dieses Ergebnis rechtlich auf eine entsprechende Ermächtigung des Versicherungsnehmers, eine Vollmachterteilung seitens des Rechtsschutzversicherers und ein Auftreten des Versicherungsnehmers nach den zugrundeliegenden Umständen (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB) in dessen Namen stützt oder aber zur Begründung auf die Grundsätze einer befreienden Schuldübernahme durch den Versicherer abstellt, vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 07.07.2016 - 41 U 7/16.