

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20091125\_d\_bl\_o\_02 vom 25. November 2009**

FINMA Versicherungsrecht, 2009-11-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20091125\\_d\\_bl\\_o\\_02](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20091125_d_bl_o_02)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20091125\_d\_bl\_o\_02 du 25 novembre 2009

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20091125\_d\_bl\_o\_02 del 25 novembre 2009

## **Erwägungen**

### **E. 3**

In materieller Hinsicht ist zunächst die durch die Beklagte erhobene Einrede der Verjährung zu prüfen.

#### **E. 3.1**

Im Gegensatz zu der in Art. 130 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) vom 30. März 1911 getroffenen Regelung beginnt die Verjährung des Versicherungsanspruchs nicht mit dem Zeitpunkt seiner Fälligkeit zu laufen. Gemäss Art. 46 Abs. 1 WG verjähren Forderungen aus dem Versicherungsvertrag vielmehr innert zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Vertragsabreden, die den Anspruch gegen die Versicherung einer kürzeren Verjährung unterbrechen, sind unzulässig. Dagegen steht einer Verlängerung der Verjährungsfrist nichts entgegen und im Versicherungsvertrag kann zudem auch vereinbart werden, dass der Anspruchsberechtigte seinen Versicherungsanspruch verliert, sofern die von ihm verlangten Mitteilungen nicht binnen einer bestimmten Frist bei der Versicherung eintreffen (Art. 46 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 WG). Während das Versicherungsvertragsgesetz den Beginn der Verjährungsfrist abweichend von den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts regelt, sind diese dagegen beispielsweise für die Unterbrechung der Verjährung massgeblich. So wird diese gemäss Art. 135 lit. a und b OR nur durch Anerkennung der Forderung seitens der Versicherung sowie durch Schuldbetreibung oder Klage seitens der Versicherungsnehmerin unterbrochen (vgl. CHRISTOPH GRABER, WG - Kommentar, N 5 zu Art. 46). 3.2.1 Im vorliegenden Fall hat die Verjährungsfrist mit dem Ablauf der 30-tägigen Wartefrist nach dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 17. August 2006 am 16. September 2006 zu laufen begonnen, was nicht bestritten wird. Der Kläger hält den Ausführungen der Beklagten in seiner Replik jedoch entgegen, dass mit Blick auf BGE 134 III 591 die Verjährung durch die von der Beklagten bis Juni 2007 geleisteten Taggeldzahlungen unterbrochen worden sei. Eine Anerkennungshandlung nach Art. 135 Ziff. 1 OR setze keinen auf Unterbrechung der Verjährung gerichteten Willen voraus. Als Anerkennung mit Unterbrechungswirkung gelte jedes Verhalten des Schuldners, das vom Gläubiger nach Treu und Glauben im Verkehr als Bestätigung seiner rechtlichen Verpflichtung aufgefasst werden darf (BGE 119 II 368 E. 7b; 110 II 176). Die Anerkennungserklärung müsse sich an den Gläubiger richten (BGE 90 II 428 E. 11). Für die Unterbrechung der Verjährung genüge es, dass der Schuldner erkläre, unter gewissen Voraussetzungen zur Leistung weiterer Zahlungen bereit zu sein und somit das Bestehen einer Restschuld nicht ausschliesse. Dass er über deren Höhe im Ungewissen sei, schade nicht, denn die Anerkennung der grundsätzlichen Schuldpflicht genüge. Sie brauche sich nicht auf einen bestimmten Betrag zu beziehen (BGE 110 II 176 E. 3 mit Hinweisen;

vom 31. Juli 2008, 4A\_276/2008, E. 4). Demgegenüber hält die Beklagte unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 1. Oktober 2008, 5C.250/2000, fest, dass als Frist auslösendes Moment für die Verjährung jener Zeitpunkt gelte, in welchem die die Leistungspflicht des Versicherers begründenden Tatbestandselemente feststehen würden. Die Leistungspflicht des Versicherers werde also ausgelöst durch die krankheitsbedingte, ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit einerseits und durch den Ablauf der vereinbarten Wartefrist andererseits.

3.2.2 Der Auffassung der Beklagten kann nicht gefolgt werden. Sie verkennt, dass sich die Ausführungen des Bundesgerichts in E. 2b des von ihr genannten Entscheids auf den Beginn der Verjährung und nicht auf deren Unterbrechung beziehen. Würde man der Ansicht der Beklagten folgen, würde dies dazu führen, dass bei Taggeldleistungen, welche länger als zwei Jahre dauern, einzelne Taggelder bereits verjährt wären, bevor ein Anspruch darauf entstanden ist. Aus BGE 5C.250/2000 vom 1. Oktober 2008 kann daher nur abgeleitet werden, dass sofern Ansprüche mehr als zwei Jahre nach Eintritt des leistungsauslösenden Ereignisses geltend gemacht werden, diese als verjährt zu bezeichnen sind. Hingegen ist den Ausführungen des Klägers folgend davon auszugehen, dass sein Anspruch nicht verjährt ist. Die durch die Beklagte vorbehaltlos getätigten Taggeldzahlungen in der Zeit vom 16. September 2006 bis 30. Juni 2007 sind als Erfüllung der Leistungspflicht im Sinne von BGE 134 III 591 E. 5.2.2 f. und damit als Schuldanerkennung zu betrachten. Entsprechend den Ausführungen in diesem Bundesgerichtsentscheid spielt es keine Rolle, dass der tatsächlich geschuldete Betrag noch nicht feststeht oder strittig ist. Denn selbst eine grundsätzliche Anerkennung der Schuld unter gleichzeitiger Bestreitung eines bestimmten Betrages wirkt als Verjährungsunterbrechende Schuldanerkennung. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte ihre Zahlungsverpflichtung anerkannt und dementsprechend die Taggelder ausgerichtet. Die 2-jährige Verjährungsfrist wurde damit mit der letzten Taggeldzahlung per 30. Juni 2007 unterbrochen. Ab 1. Juli 2007 begann wiederum eine neue Verjährungsfrist zu laufen. Die Verjährungseinrede der Beklagte ist unter diesen Umständen abzuweisen.

4.1 Die Beklagte hat für den Zeitraum vom 16. September 2006 bis 30. Juni 2007 Taggeldleistungen auf Grund einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit des Klägers erbracht (Fr. 110.95 pro Tag). Vom 1. Juli 2007 bis zum vertraglich vereinbarten Ende des Leistungsanspruches am 15. September 2008 (Ende der Bezugsdauer von 730 Tagen) wurde die Ausrichtung von Taggeldern verweigert, da der Kläger nicht mehr zu 50% (oder mehr) arbeitsunfähig gewesen sei. Der Kläger beanstandet dieses Vorgehen und fordert für den Zeitraum vom 1. Juni (recte wohl Juli) 2007 bis 30. September 2008 Taggeldzahlungen basierend auf einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 60%, entsprechend einem Taggeld von mindestens Fr. 133.15 pro Tag bzw. 4'050.- pro Monat. Zur Begründung bringt er im Wesentlichen vor, dass er während der gesamten Leistungsdauer nur eine Restarbeitsfähigkeit von 40% ausgewiesen habe. Strittig ist im vorliegenden Fall somit die Frage, ob die Beklagte die Taggeldleistungen ab 1. Juli 2007 zu Recht verweigert hat. Seite 10

4.2 Der Leistungsumfang der Krankentaggeldversicherung ergibt sich im Wesentlichen aus den AVB. Gemäss dem in Ziffer 3.1 AVB definierten Krankheitsbegriff gilt als versicherte Krankheit jede vom Willen der versicherten Person unabhängige Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur

Folge hat. Anspruch auf Leistungen hat der Versicherte als Selbständigerwerbender gemäss Ziffer 12.2 AVB, wenn eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50% ausgewiesen ist. Als Arbeitsunfähigkeit wird die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit bedingte, teilweise oder volle Unfähigkeit bezeichnet, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Von entscheidender Bedeutung für den vorliegenden Fall ist, in welchem Ausmass und in welcher Tätigkeit der Kläger ab Juli 2007 arbeitsunfähig ist.

## **E. 5**

Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit liegen im Wesentlichen folgende medizinischen Unterlagen vor.

### **E. 5.1**

Dr. führt in seinem Bericht vom 6. September 2006 aus, dass der Kläger ab 17. August 2006 zu 50% arbeitsfähig sei.

### **E. 5.2**

Am 13. September 2006 diagnostizierte Dr. med. FMH Orthopädische Chirurgie, Wirbelsäulenchirurgie, ein chronisches lumbovertebrales und radikuläres Schmerzsyndrom L5 links mit Foraminalstenose und Diskusprotrusion L4/5 und L5/S1, ein zervikovertebrales und fraglich zervikoradikuläres Syndrom sowie eine Gonarthrose beidseits. Der Kläger sei aufgrund dieser Diagnosen seit dem 18. August 2006 100% arbeitsunfähig (Klagebeilage 21).

### **E. 5.3**

Dr. nannte am 19. März 2007 zuhanden des Vertrauensärztlichen Dienstes der als Diagnose mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit eine stark fortgeschrittene Femoro-Patellararthrose beidseits und ein rezidivierendes Lumbovertebralsyndrom und wahrscheinlich ein intermittierendes lumbales Wurzelkompressionssyndrom L5 links bei Spondylolisthesis L5/S1 ersten Grades mit Chondrose. Der Versicherte sei selbständiger Architekt mit eigenem Büro und sei bis Ende Februar 2007 Immobilienmakler bei der gewissen. Aufgrund der gestellten Diagnosen sei es dem Versicherten medizinisch-theoretisch zumutbar, die Tätigkeit als Architekt in Akquisition, Planung, Administration wahrscheinlich ganztags auszuführen, zumal auch sitzend/stehend abwechselnd gearbeitet werden könne. Hingegen würden sich wahrscheinlich wegen der Kniegelenke eine Einschränkung von 30% bis 40% bei der Bauüberwachung und beim Besuch der Baustellen (Besteigen von Gerüsten, Leitern, stark unebenes Gelände, etc.) ergeben.

### **E. 5.4**

Dr. med. FMH Innere Medizin und Physikalische Medizin und Rehabilitation, Rheumaerkrankungen, führte am 10. Juli 2007 beim Versicherten eine fachvertrauensärztliche Untersuchung durch. In seinem Bericht vom 18. Juli 2007 diagnostizierte er ein Seiten F. (...) B. B. C. (...) X. Immobilienfirma I.

chronisches lumbo-spondylogenes Syndrom bei / mit Spondylolisthesis L5/S1 (Grad I), L5/S1 fortgeschrittenen sowie L4/5 und L3/4 degenerativen Segmentveränderungen und eine schwere Femoro-Patellararthrose bei erfüllten radiologischen Diagnosekriterien einer Pyrophosphatarthropathie. In Beantwortung des Fragekataloges der Beklagten führte Dr. aus, dass derzeit eine Einschränkung der funktionellen Leistungsfähigkeit mehr des Knie-

als des Rückenleidens wegen resultiere. Diese Einschränkungen würden das Steh- und Gehvermögen, Leiter- und Treppensteigen sowie das Heben und Tragen von Lasten betreffen. Die zumutbare Arbeitsfähigkeit im Beruf als Architekt ergebe sich wie folgt: laut Angaben des Versicherten gliedere sich seine Tätigkeit zu 30% in Bürotätigkeiten und zu 70% in Bauleitungstätigkeiten vor Ort. Erstere sei dem Versicherten uneingeschränkt zumutbar, letztere zu 50%-60%. Ausgehend von einem 8,2 Stunden-Arbeitstag seien dem Versicherten somit mindestens 5 Stunden täglich entsprechend einem Arbeitspensum von 65% zumutbar. In einer der Behinderung angepassten Tätigkeit, wie zum Beispiel Immobilienmakler, bestünde keine Arbeitsunfähigkeit. Die Arbeitsbereitschaft sei hoch und es finde sich keine relevante Diskrepanz zwischen funktioneller Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft.

#### **E. 5.5**

Der Kläger wurde am 5. November 2007 untersucht. Im Bericht vom 12./30. November 2007 wurde ein chronisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom mit rezidivierenden Exazerbationen bei Spondylolisthesis L5/S1 Grad II, Foraminalstenose L5/S1, Diskusprotrusion L4/L5 und L5/S1 ohne neurologische Ausfälle, eine Gonarthrose beidseits, eine arterielle Hypertonie, aktuell unbehandelt und eine anamnestisch leichte Hypercholesterinämie diagnostiziert. Aufgrund der Diagnosen wurde die medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit für die bisherige Tätigkeit auf 50% geschätzt.

#### **E. 5.6**

Gemäss Bericht des vom 11. Januar 2008 leide der Kläger an einem chronischen lumbo-spondylogenen Syndrom bei deutlich degenerativen Veränderungen der drei untersten Bewegungssegmente und einer ausgeprägten Femoropatellararthrose beidseits und einer medialen rechtsbetonten Femorotibialarthrose.

#### **E. 5.7**

In den Akten findet sich ein weiterer Bericht des vom 4. Februar 2008 zuhanden des Rechtsvertreters des Klägers. Der untersuchende Chefarzt Dr.

führt darin unter Verweis auf die Diagnosen und den Bericht vom 11. Januar 2008 aus, dass der Kläger für sitzende Tätigkeiten zu 90% arbeitsfähig sei. Es müsse ihm aber möglich sein, mindestens einmal pro Stunde kurz aufzustehen, herumzugehen und einige Dehnungs- und Lockerungsübungen zu machen. Im Tätigkeitsbereich Baumanagement attestierte Dr. dem Kläger noch eine Arbeitsfähigkeit von 40%. Die Gesamtarbeitsfähigkeit liege somit bei rund 50% und sie bestehe mindestens seit Januar 2006.

#### **E. 5.8**

Dr. Vertrauensärztlicher Dienst, nahm am 22. Februar 2008 zuhanden der zum Gesundheitszustand des Klägers Stellung. Er führt unter Berücksichtigung der zuletzt genannten Berichte aus, dass sich die Arbeitsfähigkeit aus der Relation Seite 12 G. G. H. X. C. Spitals a \_\_\_\_\_ Spitals a \_\_\_\_\_ Spital b \_\_\_\_\_

zwischen Gesundheitszustand und ausgeübten Tätigkeiten bemesse. Es stehe das Knieleiden im Vordergrund bei einer zwar vorhandenen, aber anlässlich der drei vorstehend genannten Untersuchungen immer weitgehend symptomfreien Rückenpathologie. Der Zustand des Knieleidens verändere sich derart langsam, dass er im vorliegenden Fall als stabil und unverändert seit der Untersuchung durch Dr. im Juli 2007 zu betrachten sei. Die unterschiedlichen Grade der Arbeitsfähigkeit im Stammbetrieb, welche sich ja aus zwei

Komponenten zusammensetzen, würden sich nur aus den unterschiedlichen Angaben der Verteilung dieser Anteile ergeben. In der Erstaussage bei Dr. habe der Versicherte ein Verhältnis von 30:70 angegeben, bei Dr. habe er hingegen ein Verhältnis von 25:75 genannt. Diese unterschiedlichen Aussagen zu einem nicht medizinischen Sachverhalt alleine würden die ungleichen Einschätzungen der Arbeitsfähigkeit im Stammberuf von 65% bzw. 50% erklären. Was die Arbeitsfähigkeit in einer leidensadaptierten Tätigkeit belange, so befinde sich die Differenz zwischen Dr. (100%) und Dr. (90%) im Ermessensspielraum.

#### **E. 5.9**

Am 10. Juni 2008 hielt Dr. vom fest, dass seit der letzten Konsultation am 11. Januar 2008 keine wesentliche Veränderung der Knie- und Rückenproblematik eingetreten sei. Seit einigen Monaten habe der Kläger aber Schmerzen in der linken Kniegelenkregion, besonders beim Gehen auf unebener Unterlage. Aus diesem Grund diagnostizierte Dr. neu neben dem chronischen lumbo-spondylogenen Syndrom und der ausgeprägten Femoropatellararthrose beidseits und der medialen, rechtsbetonten Femorotibialarthrose eine beginnende OSG-Arthrose links, leicht aktiviert bei leichter lateraler Instabilität und bei einer möglichen Chondrokalzinose, radiologisch nicht fassbar. Es ergebe sich aufgrund dieser Diagnosen eine neue Einschätzung der Arbeitsfähigkeit. Der Kläger sei in einer Tätigkeit als Bauführer/Bauleiter nur noch zu 33% arbeitsfähig. Die Problematik am OSG habe aber keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit in der Bürotätigkeit. Sie betrage unter Berücksichtigung der Rückenproblematik weiterhin 90%. Der Anteil Bürotätigkeit zur Baustellenführung sei schwierig zu fixieren und sei sehr variabel. Der Streit, ob die Bürotätigkeit 20%-25% oder 30% betrage, sei rein versicherungsbedingt. Insgesamt erscheine es aber mit der klaren Dokumentation einer zusätzlichen Pathologie im OSG links medizinisch-theoretisch klar, dass die Gesamtarbeitsfähigkeit der Klägers in seiner angestammten Tätigkeit zumindest in den letzten Monaten maximal 50% betragen habe. In Zeiten einer aktiven OSG-Arthrose habe die Arbeitsfähigkeit aber deutlich unter 50% betragen. Ab welchem Zeitpunkt eine veränderte Arbeitsfähigkeit anzunehmen sei, könne nicht sicher definiert werden. Immerhin sei auch eine Unterschenkelathrophie links von 1 cm im Januar 2008 festgehalten. Diese lasse sich weder durch die Rücken- noch durch die Knieproblematik erklären. Sie sei mit 1 cm an der Grenze zur Signifikanz, doch sei sie der Oberschenkelathrophie rechts gegenüber zustellen. Man könne nicht einfach von einer Schonung des linken Beines generell sprechen, da rechts das Knie stärker betroffen sei. Diese spezielle Situation deute daraufhin, dass die Kniepathologie rechts, welche erfahrungsgemäss immer zuerst zu einer Oberschenkel- und erst dann zu einer Unterschenkelathrophie führe, nicht direkt etwas mit der Wadenathrophie links zutun habe. Diese könne einzig durch die distal gelegene Pathologie, d. h. das Sprunggelenk erklärt werden. Seines Erachtens sei es wahr-

Seite 13 C. C. G. C. G. G. Spital a \_\_\_\_\_ G.  
scheinlich, dass die OSG-Pathologie durch den Kläger fehl interpretiert und daher den Ärzten gegenüber nicht erwähnt worden sei. Es sei davon auszugehen, dass diese seit einem Jahr einen funktionellen Einfluss auf die Muskulatur im Sinne einer Schonung der dazu gehörigen Muskelgruppen gehabt habe.

#### **E. 5.10**

Das Kantonsgericht hat im vorliegenden Verfahren die Akten der IV-Stelle beigezogen. Daraus ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer aufgrund eines IV-Grades von 53%

einen Anspruch auf eine halbe Rente hat. Grundlage für den IV-Entscheid bildete die nach der ausserordentlichen Bemessungsmethode mit enA/erblicher Gewichtung durchgeführte Abklärung. In medizinischer Hinsicht stützte sich die IV-Stelle auf die Ausführungen von Dr.

vom 10. Juni 2008 (vgl. Bericht des regionalen ärztlichen Dienstes [RAD] vom 17. September 2008). 6.1 Aufgrund der vorstehenden Akten steht übereinstimmend fest, dass der Kläger somatisch an einem chronischen lumbo-spondylogenen Syndrom bei deutlich degenerativen Veränderungen der drei untersten Bewegungssegmente und einer ausgeprägten Femoropatellaarthrose beidseits und einer medialen rechtsbetonten Femorotibialarthrose leidet. Unbestritten steht auf fest, dass der Kläger an einer OSG-Arthrose links leidet. 6.2.1 In Bezug auf die berufliche Situation des Klägers ist strittig und zu prüfen, wie hoch der Anteil der administrativen Arbeiten und des Baumanagements sind. Während die Beklagte davon ausgeht, dass der Kläger gemäss den Angaben ihres Vertrauensarztes Dr. vom 18. Juli 2007 zu 30% administrativ und zu 70% auf dem Bau tätig ist, bekräftigt der Kläger, dass der administrative Anteil höchstens 20%-25% sei und er zu 75%-80% auf dem Bau arbeite. 6.2.2 Gestützt auf die Ausführungen von Dr. vom 4. Februar 2008 ist mit dem Kläger davon auszugehen, dass sein Anteil an administrativen Arbeiten höchstens 20% bis 25% beträgt. Diese Aussage steht in Übereinstimmung mit jener der IV-Stelle, welche im Rahmen ihres erwerblich gewichteten Betätigungsvergleichs vom 29. September 2008 zum Schluss kam, dass der Aufwand des Klägers für den administrativen Bereich (Administration/Betriebsführung/Immobilienmakler) 20% betrage. Hierbei hat die IV-Stelle für die wirtschaftliche Gewichtung den Wert der verschiedenen Betätigungen im Verhältnis zueinander feststellt und mit der Einschränkung im jeweiligen Tätigkeitsbereich in Beziehung gesetzt. Sie hat hierbei aber nicht auf das Betriebsergebnis abgestellt (vgl. BGE 128 V 29 E. 4a), sondern eine einzelfallbezogene Bewertung gemacht. Den Invaliditätsgrad hat sie sodann unter Berücksichtigung der einzelfallbezogenen Kriterien wie Betriebsgrösse, Branche, Erfahrung des Betriebsinhabers usw. ermittelt (vgl. Urteil des EVG vom 7. April 2004 [I 202/03] E 5.5). Diese Angaben überzeugen, weshalb darauf abgestellt werden darf. Es ist demnach davon auszugehen, dass der Kläger im administrativen Bereich zu 20% und - als Konsequenz daraus - im Bereich Bauleitung zu 80% tätig ist. Seite 14 G. C. G.

6.3 Nachdem feststeht, in welchem Umfang der Kläger in den einzelnen Tätigkeitsbereichen beschäftigt ist, ist in einem nächsten Schritt zu klären, wie sich sein Gesundheitsschaden auf die Arbeitsfähigkeit in den einzelnen Bereichen auswirkt. 6.3.1 Der Kläger macht hierzu geltend, dass er im administrativen Bereich zu 10% eingeschränkt sei. Er stützt diese Aussage auf die Angaben im Bericht vom Dr. vom 4. Februar 2008. Entsprechend dessen Ausführungen muss der Kläger während der administrativen Arbeit mindestens einmal pro Stunde kurz aufstehen. Geht man nun von einer Arbeitszeit von 8 Stunden pro Tag aus, so ist der Kläger während 1 Stunde und 36 Minuten pro Tag im Büro tätig (20%). Dies bedeutet, dass der Kläger lediglich einmal in dieser Zeit aufstehen muss. Die von Dr. erwähnten Dehnungsübungen können aber auch ohne weiteres nach der Arbeit ausgeübt werden. Somit ist in Übereinstimmung mit den Angaben im Bericht von Dr.

davon auszugehen, dass der Kläger im administrativen Bereich nicht wesentlich eingeschränkt ist. Dieses Ergebnis stimmt mit den Angaben im Betätigungsvergleich der

IV-Stelle überein, ist doch auch darin aufgeführt, dass der Kläger im administrativen Bereich nicht vermindert arbeitsfähig sei. 6.3.2 In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, wie stark der Kläger bei der Betreuung der Baustellen eingeschränkt ist. Während die Beklagte gestützt auf die Ausführungen ihres Vertreters Dr. von einer 60%igen Arbeitsfähigkeit in diesem Bereich ausgeht, bezeichnet sich der Kläger lediglich zu 40% bzw. unter Berücksichtigung der OSG-Arthrose ab Juni 2007 zu 33% arbeitsfähig. Er stützt sich auf die Ausführungen von Dr. in den Berichten vom 4. Februar 2008 und 10. Juni 2008. 6.3.3 Zunächst ist festzustellen, dass die Ausführungen von Dr. in seinem Bericht vom 18. Juli 2007 sehr schematisch sind. Die im Anhang zum Bericht aufgeführte Beurteilung der Zumutbarkeit nimmt wenig Bezug auf die konkrete Arbeit des Klägers auf einer Baustelle. So wird zum Beispiel davon ausgegangen, dass er mehr sitzen als stehen müsse. Ebenso ist zu entnehmen, dass er lediglich manchmal auf unebenem Gelände gehen müsse. Diese Betrachtungsweise deckt sich nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen. So ist in Übereinstimmung mit dem Abklärungsbericht der IV-Stelle vom 13. Juni 2008 davon auszugehen, dass die Arbeit auf den Baustellen mehrheitlich stehend und oft auf unebenem Untergrund sowie an Hanglagen zu verrichten ist. Setzt man diese Tatsache den erhobenen Befunden gegenüber, wonach das Steh- und Gehvermögen des Klägers wegen der schweren Femoro-Patellararthrose in den Knien eingeschränkt sei, so vermag die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit von Dr. nicht zu überzeugen. Demgegenüber äussert sich Dr. einleuchtend zu den konkreten Auswirkungen der medizinischen Diagnosen auf die Baustellentätigkeit des Klägers. Seinem Bericht vom 10. Juni 2008 ist zu entnehmen, dass der Kläger nun seit längerer Zeit aufgrund der Beschwerden in der linken Knöchelregion auf unebenem Gelände Schmerzen verspüre. In der Untersuchung stellte Dr. fest, dass der Kläger im linken Fuss aufgrund der beginnenden Arthrose eine leichte laterale Instabilität aufweise. Es sei davon Seite 15 G. G. C. C. G. C. C. G. G.

auszugehen, dass die Arthrose in Kombination mit der eindeutigen Chondrokalzinose der Knie mehrere Jahre gebraucht habe, um sich zu manifestieren. Aufgrund der aktiven OSG-Zustände sei die Mobilität des Klägers zusätzlich eingeschränkt. Anders als Personen, die keine Probleme mit den Knien hätten, könne er diese Beschwerden weniger gut kompensieren. Er könne auch das Gewicht nicht auf das rechte Knie verlagern, weil dieses durch die Femoro-Patellararthrose und die beginnende mediale femoro-tibiale Arthrose deutlich weniger belastbar sei. Aus diesem Grund sei der Kläger bei seiner Tätigkeit im Baustellenbereich nur noch zu 33% arbeitsfähig. Diese Aussage überzeugt. So ist sie aufgrund einer eigenen Untersuchung unter Berücksichtigung der Anamnese und der konkreten Arbeitssituation entstanden. Es ist nachvollziehbar, dass der Kläger auch aufgrund der Instabilität im Fussgelenk auf unebenem Gelände sehr unsicher ist und seine Arbeitsfähigkeit damit weiter eingeschränkt ist. Ebenso einleuchtend erscheint die Argumentation von Dr. die OSG-Arthrose bereits seit längerer Zeit besteht und einen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hat. Die Annahme, dass die Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit bereits seit Juni 2007 bestanden habe, ist nicht zu bemängeln und wird im Übrigen von der Beklagten auch nicht ausdrücklich bestritten. Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, dass der RAD im Rahmen des IV-Verfahrens der Beurteilung von Dr. ist. Es ist demnach davon auszugehen, dass der Kläger im Bereich Baumanagement nur noch zu 26,4% (80% x 33%) arbeitsfähig ist. 6.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Kläger im Bereich Administration zu 20% und im Bereich Baumanagement zu 26,4% arbeitsfähig ist. Dies ergibt eine ausgewiesene leistungsbegründende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von insgesamt 53,6%. In Anbetracht der Tatsache, dass die IV-Stelle in

ihrem Verfahren von einem IV-Grad von 53% ausgegangen ist, rechtfertigt es sich im vorliegenden Verfahren - auch im Hinblick auf die Einheitlichkeit der IV-Grade in den einzelnen Sozialversicherungszweigen - diesen IV-Grad als massgeblich zu berücksichtigen. In diesem Umfang hat der Kläger demnach Anspruch auf Taggelder der Beklagten, wobei die Höhe des Taggeldes Fr. 117.60 (Jahreseinkommen Fr. 81'000.-- / 365 Tage x 53%) pro Tag beträgt. 6.5 Das durch die Beklagte auszurichtende Taggeld ist mit weiteren sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen - entgegen den Vorbringen in der Klage - zu koordinieren (vgl. Art 22 AVB). Der Kläger hat in der Zeit vom 16. September 2006 bis 30. Juni 2007 288 Taggelder der Beklagten bezogen. Damit stehen ihm noch 442 Taggelder (730 - 288) aus der Taggeldversicherung zu. Ab dem 1. August 2007 erhält der Kläger eine halbe Rente der Invalidenversicherung in Höhe von Fr. 1'052.-- pro Monat. Dieser Betrag ist mit den in zeitlicher Kongruenz stehenden Taggeldern der Beklagten zu koordinieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Oktober 2008, 9C\_300/2008, E. 1.1 mit Hinweisen). Dies bedeutet, dass der Kläger für den Monat Juli 2007 Anspruch auf ungekürzte Taggelder hat und ab 1. August 2007 der Anspruch auf Taggelder mit der IV-Rente zu koordinieren ist. Seite 16 G. G.

Dies ergibt folgende Berechnung: Ungekürzte / unkoordinierte Leistung: Taggelder: 01.07.2007 bis 31.07.2007: 31 Tage à Fr. 117.60 = Fr. 3'645.60 Gekürzte / koordinierte Leistung: Taggelder: 01.08.2007-15.09.2007: 411 Tage à Fr. 117.60 = Fr. 48\*333.60 IV-Rente: 01.08.2007-15.09.2007: 13.5 Monate à Fr. 1'052.00 = Fr. 14'202.00 = Fr. 34'131.60 6.6 Der Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten beträgt somit total Fr. 37'777.20 (Fr. 3'645.60 plus Fr. 34'131.60). Die Klage ist in diesem Sinne gutzuheissen. 7.1 Der Kläger beantragt, die Forderung sei mit 5% ab mittlerem Verfall zu verzinsen. Die Beklagte lässt sich hierzu nicht vernehmen. 7.2 Den AVB sind keine Bestimmungen über den Verzugszins zu entnehmen. Gemäss Art. 100 Abs. 1 W G finden auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des OR Anwendung, soweit das W G keine Vorschriften enthält. Art. 104 Abs. 1 OR sieht vor, dass der Schuldner, welcher mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, einen Verzugszins zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen hat. Der Eintritt des Verzugs setzt die Fälligkeit der Forderung sowie die Mahnung durch den Gläubiger voraus (vgl. Jürg NEF, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, S. 703 Rz 20). Geldforderungen sind in der Mahnung zudem zu beziffern, wenn dies im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung möglich ist (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Mai 2003, 4C22/2003, E. 3.2.3). Massgebend für den Zinslauf ist somit die Mahnung, mit welcher die Beklagte in Verzug gesetzt worden ist. 7.3 Dem Gericht liegt ein am 4. Juni 2007 bei der Beklagten eingereichtes Schreiben des Klägers vor, aus dem unmissverständlich hervorgeht, dass er von dieser weitere Leistungen fordert. Dieses Schreiben kann als Mahnung im Sinne der vorstehenden Ausführungen verstanden werden. Da die Beklagte die Taggeldleistungen ab 1. Juli 2007 verweigerte, kann frühestens ab diesem Zeitpunkt ein Verzugszins verlangt werden. Dem Kläger ist demnach ab 1. Juli 2007 auf einen Betrag der ungekürzten Leistung in Höhe von Fr. 3'645.60 und mit Wirkung ab 15. Februar 2008 auf die gekürzte Leistung im Betrage von Fr. 34'131.60 (mittlerer Verfall) ein Verzugszins von 5 % zu bezahlen.

## **E. 8**

Zusammenfassend gelangt das Gericht zum Schluss, dass die Klage im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Seite 17

9.1 Abschliessend bleibt über die Kosten zu entscheiden. Bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dürfen den Parteien - ausser bei mutwilliger Prozessführung - gemäss Art. 85 Abs. 3 VAG keine Verfahrenskosten auferlegt werden. 9.2 Gemäss § 21 Abs. 1 VPO kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Der Rechtsvertreter macht gemäss der eingereichten Honorarnote vom 12. August 2008 ein Honorar von Fr. 9'945.30 (inkl. Auslagen und 7.6 % Mehrwertsteuer) geltend. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Kläger ein Taggeld von Fr. 4'050.00 pro Monat für die Zeit vom 1. Juni 2007 bis 30. September 2008 und keine Kürzung wegen Überversicherung geltend gemacht hat. Von der eingeklagten Gesamtsumme in Höhe von Fr. 64'800.00 spricht ihm das Gericht vorliegend Fr. 37'772.20 (vgl. E. 6.6) zu. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, ihm - ausgehend von seiner Honorarnote vom 12. August 2008 - zu Lasten der Beklagten eine um 33% reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'630.35 (inkl. anteilmässige Auslagen und Mehrwertsteuer von 7.6%) zuzusprechen. Seite 18

Demgemäss wird erkannt: Die Klage vom 20. Januar 2009 wird - soweit darauf eingetreten werden kann - im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und die wird verurteilt, Krankentaggelder in Höhe von Fr. 37'777.20 zuzüglich 5% Zins auf Fr. 3'645.60 ab 1. Juli 2007 und 5% Zins auf Fr. 34'131.60 ab 15. Februar 2008 zu bezahlen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Die wird verpflichtet, eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'630.35 (inkl. Auslagen und 7,6% MwSt.) zu bezahlen. Mitteilung an Parteien Bundesamt für Privatversicherungen Präsident Gerichtsschreiberin X") / Rechtsmittelbelehrung: Die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 17. Juni 2005 ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der Streitwert SO'000 Franken beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Da dieser Streitwert vorliegend erreicht ist, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG eingereicht werden. Diese Frist kann nicht verlängert werden (Art. 47 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Sie ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Urkunden, auf die sich die Beschwerdeführende Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat. Ebenfalls beizulegen ist der angefochtene Entscheid (Art. 42 Abs. 3 BGG). Seite 19 X. A. X.

A.

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