

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20100521\_d\_zh\_o\_01 vom 21. Mai 2010**

FINMA Versicherungsrecht, 2010-05-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20100521\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20100521_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20100521\_d\_zh\_o\_01 du 21 mai 2010

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20100521\_d\_zh\_o\_01 del 21 maggio 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

geboren 1955, war ab 22. November 1999 bei der

als Unterhaltsreiniger und Hauswart in einem Hauptarbeits- sowie in drei Teilzeitarbeitsverhältnissen angestellt (Urk. 2/1) und über diese im Rahmen eines Kollektivvertrags bei der (heute: gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (WG) für ein Taggeld von 80 % des versicherten Lohnes während 670 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 60 Tagen krankentaggeld- versichert (Urk. 2/2). Ab dem 19. September 2003 wurde der Versicherte von seinem Hausarzt, Dr. med. arbeitsunfähig geschrieben (Urk. 7/3). Mit Schreiben vom 22. September 2003 kündigte die das Arbeitsverhältnis (Urk. 2/4). Dagegen setzte sich der Versicherte gerichtlich zur Wehr. Die verweigerte vorderhand Taggeldleistungen mit der Begründung, der Ausgang des arbeitsgerichtlichen Verfahrens sei für ihre aifällige Leistungspflicht relevant (Schreiben vom 15. April 2005, Urk. 7/22; Schreiben vom 22. Juni 2005, Urk. 7/28; Schreiben vom 20. Oktober 2005, Urk. 7/32; 15. Mai 2006, Urk. 7/37; vgL auch 2/8, Urk. 7/14, Urk. 7/15, Urk. 7/17, Urk. 7/19, Urk. 7/24, Urk. 7/30). Der Versicherte leitete am 28. Juli 2005 beim Friedensrichteramt Geroldswil Klage gegen die auf Bezahlung von Krankentaggeldem ein, welches am 24. August 2005 die Weisung ausstellte (Urk. 7/29, vgl. Urk. 1 S. 4). Mit Schreiben vom 20. Oktober 2005 wies die den Versicherten darauf hin, dass im Kanton Zürich für Klagen aus dem Bereich der Krankentaggeldversicherung nicht das Zivilgericht, sondern das Sozialversicherungsgericht zuständig sei (Urk. 7/32). Am 19. Dezember 2005 erging das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich (Urk. 7/33). Dieses wurde von den betroffenen Parteien an das Obergericht des Kantons Zürich weitergezogen. Mit Urteil vom 12. November 2007 hielt das Obergericht fest, dass eine Arbeitsunfähigkeit des Versicherten vom 22. Oktober 2003 bis 26. Mai 2004 ausgewiesen sei. Die Kündigung sei dem Versicherten am 30. September 2003 zugegangen und sei gültig. Infolge Verlängerung der Kündigungsfrist wegen Krankheit hätten die Teilzeitarbeitsverhältnisse per 31. Januar 2004 und das Hauptarbeitsverhältnis per 29. Februar 2004 geendet (Urk. 2/5 = Urk. 7/39). Nach Erhalt des obergerichtlichen Urteils teilte die dem Versicherten mit Schreiben vom 13. Februar 2008 mit, es treffe sie eine Leistungspflicht für die Dauer vom 22. Oktober 2003 bis 26. Mai 2004. Dies entspreche 218 Tagen. Abzüglich der vertraglich vereinbarten Wartefrist von 60 Tagen ergebe sich ein Anspruch auf 158 Taggelder. Bei einem Taggeld in der Höhe von Fr. 234.60 ([80 o/o des versicherten Lohnes von Fr. 8'920.—] x 12 : 365) belaufe sich der A. Firma B. Y. Versicherungen X. Versicherungen C. Firma B. X. X. X. X. KK.2008.00025 / Seite 3 von 11 Gesamtbetrag an geschuldeten Taggeldem auf Fr. 37\*066.80 (Urk. 7/40). Diesen Betrag überwies die mit Valuta vom 8. Mai 2008 (vgl. Urk. 2/29). Am, 30. Mai 2008 bot die dem Versicherten die Gewährung des Übertritts in die

Einzelversicherung rückwirkend per 1. März 2004 an (Urk. 7/44), was der Versicherte ablehnte (Urk. 7/45, Urk. 7/47). In diesem Zusammenhang korrespondierten die Parteien erfolglos über die Leistung weiterer Taggelder und die Verzinsung der bereits überwiesenen Taggelder (Urk. 7/44, Urk. 7/45, Urk. 7/46, Urk. 7/47).

## **E. 2**

Mit Eingabe vom 30. September 2008 liess Klage gegen die erheben mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm einerseits Fr. 5'161.20 für 22 Taggelder (22 x Fr. 234.60) nebst 5 % Zins seit 1. August 2004 und andererseits Fr. 7701.65 als Verzugszins für die geleistete Taggeldzahlung (5 % Zins auf den Betrag von Fr. 37'066.80 für die Dauer vom 12. März 2004 [mittlerer Verfall der Periode vom 22. Dezember 2003 bis 26. Mai 2004] bis 8. Mai 2008 [Datum der Überweisung]) zu bezahlen (Urk. 1 S. 2). Die beantragte in der Klageantwort vom 14. Oktober 2008, das Gericht habe den mittleren Verfall verbindlich festzulegen, damit sie den entsprechenden Verzugszins von 5 % auf die Taggeldleistungen in der Höhe von Fr. 37'066.80 an den Kläger ausbezahlen könne. Im Übrigen sei die Klage abzuweisen (Urk. 6). Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren Anträgen fest (Urk. 14, Urk. 18). Die Einzelrichterin zieht in Erwägung: 1. Da der Streitwert Fr. 20'000.— nicht übersteigt, fällt die Beurteilung der Klage in die einzelrichterliche Zuständigkeit (§11 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht).

### **E. 2.1**

Strittig ist einerseits der Anspruch des Klägers auf weitere Taggelder und andererseits die Höhe des Verzugszinses auf die geleistete Taggeldzahlung von Fr. 37'066.80. Zunächst ist zu prüfen, ob dem Kläger weitere Taggelder zustehen. Da das grundsätzlich anwendbare W G ausser in Ajct. 87 W G (vgl. dazu Erw. 3.4) X. X. A. X. X.

KK.2008.00025 / Seite 4 von 11 keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld enthält, sind ztn: Beantwortung dieser Frage vorab die vertraglichen Vereinbarungen massgebend. Ein-schlägig sind die Versicherungspolice Nr. KTG, die wie bereits erwähnt ein Taggeld von 80 % des versicherten Lohnes während 670 Tagen bei einer Wartefrist von 60 Tagen vorsieht (Urk. 7/1), sowie die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die kollektive Krankengeldversicherung, Ausgabe 1. Januar 1997 (Urk. 7/2).

### **E. 2.2**

Die in Frage stehende KoUeküv-Taggeldversicherung ist als Erwerbsausfallversicherung konzipiert, indem Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit gewährt wird (Art. 4 Abs. 1 AVB). Als Krankheit gut die medizinisch wahrnehmbare, vom Willen der versicherten Person unabhängige Störung der Gesundheit, die nicht auf einen Unfall, eine unfallähnliche Körperschädigung oder eine Berufskrankheit entsprechend der Umschreibung in der obligatorischen Unfallversicherung zurückzuführen ist (Art. 11 AVB). Eine Arbeitsunfähigkeit liegt gemäss Art. 10 AVB vor, wenn die versicherte Person infolge einer versicherten Krankheit oder eines versicherten Unfalls ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren derzeitigen Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben. Gemäss Art. 16 Abs. 2 AVB entsteht ein Anspruch auf Leistung, wenn eine ununterbrochene Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % während einer Dauer bestanden hat, die grösser ist als die in der Police festgelegte Wartefrist. Er besteht längstens während einer vereinbarten Leistungsdauer. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit bemisst sich

die Leistung nach dem Grad der Arbeitsunfähigkeit. Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % ergibt Anspruch auf Leistungen entsprechend dem Grad; bei einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 65 2/3 % besteht der Anspruch auf die vollen Leistungen. Der Versicherungsschutz erücht für die einzelne versicherte Person unter anderem mit dem Ausscheiden aus dem versicherten Personenkreis (Art. 22 Abs. 1 lit. a AVB). In diesem Fall werden die vertraglichen Leistungen für laufende Krankheiten oder Unfälle noch während den folgenden 180 Tagen beziehungsweise bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer, längstens jedoch bis zum Beginn einer Rente gemäss BVG (Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge) ausgerichtet. Diese Nachdeckung entfällt, wenn die versicherte Person Anspruch auf Freizügigkeit hat oder die vom Weiterführungsrecht als Einzelversicherung Gebrauch macht. Sie entfällt ausserdem, wenn die Berufstätigkeit aus eigenem Willen aufgegeben wird (Art. 22 Abs. 2 AVB). \_\_\_\_\_

KK.2008.00025 / Seite 5 von 11

### **E. 3.1**

Der Kläger begründet den eingeklagten Anspruch auf 22 weitere Taggelder damit, dass er auch nach dem 26. Mai 2004 arbeitsunfähig gewesen sei. Gestützt auf das obergerichtliche Urteil habe er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 29. Februar 2004 den Krankenlohn erhalten. Mit Ende des Arbeitsverhältnisses sei er aus dem versicherten Personenkreis ausgeschieden, womit ihm gestützt auf den Kollektivvertrag ein Anspruch auf Nachdeckung von 180 Tagen verbleibe. Durch die Überweisung von Fr. 37\*066.80 habe die Beklagte 158 Taggelder beglichen. 22 Taggelder seien noch offen (Urk. 1, Urk. 14). Die Beklagte bestreitet den geltend gemachten Taggeldanspruch damit, dass eine Arbeitsunfähigkeit nach dem 26. Mai 2004 nicht ausgewiesen sei. Dies ergebe sich aus dem obergerichtlichen Urteil. Daran änderten auch die nachträglich vom Kläger eingereichten Arztberichte nichts. Im Übrigen wäre eine entsprechende Forderung verjährt. Die Verjährungsfrist betrage zwei Jahre und habe am 22. Dezember 2003, d.h. nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartefrist von 60 Tagen, zu laufen begonnen. Durch die Klageanhebung beim Friedensrichter sei diese Frist unterbrochen worden und habe durch die Aussetzung der Weisung am 25. August 2005 erneut zu laufen begonnen. Sie habe am 24. August 2007 geendet. Dementsprechend erwiesen sich nun die am 30. September 2008 eingeklagten Taggeldansprüche als verjährt (Urk. 6, Urk. 18).

### **E. 3.2**

Nach Art. 46 Abs. 1 W G verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Dabei wird in der Regel der Zeitpunkt, in dem die leistungsbegründenden Tatsachenelemente feststehen, als fristauslösend angesehen (BGE 127 HI 271 Erw. 2b). Im Falle von Krankentaggeldern wird die Leistungspflicht des Versicherers ausgelöst durch die krankheitsbedingte, ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit und den Ablauf der vereinbarten Wartefrist (BGE 127 III 271 Erw. 2b). Damit begaim die Verjährungsfrist am 22. Dezember 2003 (22. Oktober 2003 plus 60 Tage) zu laufen. Die Beklagte stellte sich wiederholt, erstmals am 15. April 2005, auf den Standpunkt, über ihre Leistungspflicht könne erst nach Abschluss der arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung entschieden werden. Sie stellte denn auch in Aussicht, im Falle eines vorher anhängig gemachten Verfahrens betreffend Krankentaggelder ein Sistierungsge such zu stellen (Urk. 7/22, Urk.

7/28, Urk. 7/32, Urk. 7/37). Es stellt sich die Frage, ob darin ein befristeter Verjährungsverzicht zu sehen ist. Ein solcher Verzicht ist seitens des Versicherers nicht nur nach, sondern auch vor Ablauf der Verjährungsfrist ztdässig (Urteil des Bundesgerichts in Sachen A. vom

KK.2008.00025 /Seite 6 von 11 16. Januar 2003, 5C.226/2002, Erw. 1.2). Hiefür genügt bereits em Verhalten des Schuldners, das die andere Partei als Verzicht auslegen durfte (BGE 112 El 234 [Pra 1987 S. 232], BGE 108 H 287 [Pra 1982 S. 753 f.]. Bei Annahme eines befristeten Verjährungsverzichts durch die Beklagte erwiese sich die Verjährungsfrist angesichts dessen, dass das in Rechtskraft erwachsene Urteil des Obergerichts am 12. November 2007 erging, mit Anhängigmachung der Klage am 30. September 2008 ohne Weiteres als eingehalten. Die Frage braucht jedoch nicht abschliessend beantwortet zu werden. Denn nach der Rechtsprechung ist Art. 2 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB), wonach der of- fenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet, nicht nur dann verletzt, wenn der Schuldner den Gläubiger arglistig dazu verleitet, nicht innert nützlicher Frist zu handeln, sondern auch dann, wenn er - ohne Arglist - ein Verhalten gezeigt hat, das den Gläubiger bewogen hat, rechtliche Schritte wäh- rend der offenen Verjährungsfrist zu unterlassen, und das die Säumnis des Gläubigers auch bei objektiver Betrachtungsweise als verständlich erscheinen lässt, wobei das Verhalten des Schuldners für das verspätete Handeln des Gläu- bigers kausal sein muss (BGE 131 EQ 437 Erw. 2 S. 437; 128 V 241 Erw. 4a; Ur- teü des Bundesgerichts in Sachen X. vom 11. Dezember 2008, 4A\_516/2009, Erw. 4.1). Indem die Beklagte wiederholt darauf hinwies, dass sie zur Prüfung ihrer Leistungspflicht das arbeitsgerichtliche Verfahren, in dem es unter ande- rem um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit ging, abwarten wolle (Urk. 7/22, Urk. 7/28, Urk. 7/32, Urk. 7/37), bestand für den Kläger kein Anlass, zur Wah- rung der Verjährungsfrist bereits rechtliche Schritte gegen die Beklagte einzu- leiten. Die Veqährungsseirurede der Beklagten erweist sich daher als rechtsmiss- bräuchlich. Daran ändert entgegen der in der Klageantwort, geäusserten Ansicht der Beklagten nichts, dass sie sich im Rahmen der Korrespondenz mit dem Klä- ger zwischenzeitlich auf den Standptmkt gestellt hatte, eine Arbeitsmfähigkeit sei längstens bis zum 30. Mai 2004 ausgewiesen (vgl. Urk. 6 S. 10, Urk. 7/32).

### **E. 3.3**

Nachdem die Beklagte mit der Verjähmngseinrede nicht durchdringt, ist zu prü- fen, ob über den 26. Mai 2004 hinaus eine Arbeitsunfähigkeit bestand. Der Klä- ger litt ab September 2003 einerseits an Beschwerden im linken Fuss infolge Arthrose und andererseits an psychischen Beschwerden. Vor Arbeitsgericht waren der Hausarzt Dr. med. , die behandelnde Psychiaterin Dr. med. , die behandelnde Psychologin lie. phil. und der behandelnde Ortho- päde Dr. med. als Zeugen einvernommen worden. Dem obergericht- lichen Urteil lagen die Berichte dieser Ärzte sowie deren Aussagen als Zeugen zu Gnmde (Urk. 2/5, Urk. 7/33, vgl. auch Urk. 7/3-7). Aus den Aussagen von Dr. ging hervor, dass die von ihm attestierten Arbeitsimfähigkeiten im C. D. E. F. C.

KK.2008.00025 / Seite 7 von 11 Wesenthchen auf den subjektiven Angaben des Klägers beruhten und er teil- weise gar keine Untersuchungen durchgeführt hatte (Urk. 2/5 S. 19 f.). Das Obergericht sprach deswegen seinen Berichten die Beweiskraft weitgehend ab (Urk. 2/5 S. 19 ff.). Dem ist beizupflichten. Nachdem bereits den echtzeitüichen Berichten von Dr. (Berichte vom 19. September 2003 [Urk. 7/3],

### **E. 3.4**

Nach dem Gesagten ist eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers belegt bis zum 30. Mai 2004. Danach bestand in einer fusschonenden Tätigkeit wieder eine voUe Arbeitsfähigkeit. Da nach Art. 16 Abs. 2 AVB erst bei teüwei- ser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % Taggeld bezahlt wird, besteht ab 31. Mai 2004 kein Anspmch auf Krankentaggelder mehr. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung zur sozialen Krankenver- sicheung (Krankentaggeld nach KVG), wonach dem Versicherten zur Stellensu- che und zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen ist, im Bereich des W G keine Anwendung findet (Urteü des Bundesgerichts in Sachen A. vom 16. Juni 2008, 4A\_111/2008, Erw. 3). Der Kläger weist darauf hin, er habe bis zum 29. Feb mar 2004 von der

gestützt auf das obergerichüiche Urteü den Krankenlohn erhalten, und geht davon aus, die Leistungspflicht der Beklagten bestehe lediglich im Rahmen der vertiaglichen Nachdeckungspflicht, mithin ab 1. März 2004 (Urk. 1 S. 6 f). Demgegenüber leistete die Beklagte Taggelder losgelöst von den Zah- lungen der ehemaligen Arbeitgeberin, indem sie gestützt den Kollektiwersi- cherungsvertiag - nach Ablauf der Wartefrist von 60 Tagen - ab dem 22. Dezember 2003 Taggelder erbrachte. Gemäss Art. 87 W G steht aus der kol- lektiven Unfall- oder Krankenversicherung demjenigen, zu dessen Gunsten die Versicheung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu. Ange- sichts dessen erweist sich das Vorgehen der Beklagten als korrekt und deswegen wird sie auch für die weiteren vier Taggelder (für die Dauer vom 27. bis 30. Mai 2004) aufzukommen haben. Betragsmässig macht dies bei einem Taggeld von Fr. 234.60, dessen Höhe zu Recht unbestritten ist. Fr. 938.40 (4 x Fr. 234.60). G. Firma B.

KK.2008.00025 / Seite 9 von 11 4. 4.1 Weiter ist zwischen den Parteien strittig, ab wann der Verzugszins geschuldet ist (Urk. 1,Urk. 6). 4.2 Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 des Schweizerischen Obligatio- nenrechts, OR). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter VerfaUtag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorge- nommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Gemäss KoUektiversicherungsvertrag werden die versicherten Leistungen vier Wochen ab dem Zeitpunkt fällig, in dem der Versicherer alle zur Anspruchsbe- gründung erforderlichen Unterlagen und Angaben erhalten hat (Art. 27 Abs. 5 AVB). Diese Regelung entspricht jener von Axt. 41 WG. Vor Erhalt der nötigen Angaben tritt die FäUigkeit der Versicherungsleistungen nicht ein, und zwar unabhängig davon, ob den Anspmchsberechtigten für seine Unterlassung ein Verschulden trifft (Jürg Nef, in: Basler Kommentar [Hrsg.: Honsell/Vogt/ Schnyder], Rz 12 zu Art. 41 WG). Die unterliess es, der Beklagten den Krankheitsfall zu mel- den. Diese erfuhr erst durch das Schreiben des Klägers vom 22. Oktober 2004, welches bei ihr am 26. Oktober 2004 einging, davon (Urk. 7/14). Dem Schreiben des Klägers waren entsprechende Arztzeugnisse beigelegt (Urk. 7/14). Damit hatte die Beklagte die erforderlichen Angaben erhalten, um ihre Leistungspflicht zu prüfen. Nach Ablauf der Deliberationsfrist von vier Wochen tiat somit am 27. November 2004 die Fälligkeit und mithin der Verzug ein. Soweit die Be- klagte für den Eintritt des Verzugs offenbar mitunter den Zeitpunkt türer Über- weisung als massgebend erachtet und gestützt darauf den mitüeren Verfall be- rechnen wül (Urk. 6 S. 8), ist sie darauf hinzuweisen, dass dieses Vorgehen der gesetzchen Regelung widerspricht. Dementsprechend sind auf dem Bettag von Fr. 938.40 (für die weiteren vier

ge-schuldeten Taggelder) 5 % Zins (Art. 104 Abs. 1 OR) seit 27. November 2004 geschuldet. Auf dem Betrag von Fr. 37\*066.80 (für die bereits bezahlten 158 Taggelder), welcher am 8. Mai 2008 überwiesen wurde, sind 5 % Zins vom 27. November 2004 bis 8. Mai 2008 geschuldet, was den Betrag von Fr. 6\*387.45 ergibt (vgl. dazu das Zinsberechnungsprogramm auf [www.bezirksgericht-zh.ch](http://www.bezirksgericht-zh.ch)). Firma B.

KK.2008.00025 / Seite 10 von 11 5.1 Dem Kläger ist aufgmnd seiner Bedürftigkeit (vgl. Urk. 2/45, Urk. 11, Urk. 12/1- 18) anttagsgemäss die unentgeltliche Rechtsvertretung zu bewülig. 5.2 Mit Kostennote vom 12. Mai 2010 (Urk. 20) machte Rechtsanwalt Dr. Rusch einen Aufwand von 21,1 Stunden zuzüglich Barauslagen von Fr. 264.90 sowie Mehrwertsteuer geltend (Urk. 20). Dieser Aufwand ist der Sache angemessen und mit dem gerichtüblichen Stundenansatz von Fr. 200.— zu vergüten. Dazu kommen die Barauslagen von Fr. 264.90 und die Mehrwertsteuer von 7,6 %. Insgesamt ergibt sich ein Betrag von Fr. 4\*825.75. Der Kläger obsiegt zu rind 57 o/o. In diesem Umfang steht dem unentgeltlichen Rechtsvertteter eine reduzierte Prozessentschädigung zulasten der Beklagten von Fr. 2\*750.70 zu. Im weitergehenden Umfang von Fr. 2\*075.05 ist der unentgeltliche Rechtsvertteter aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Einzelrichterin beschliesst: In Bewüligung des Gesuchs vom 30. September 2008 wird dem Kläger Rechtsanwalt Dr. Norbert Rusch, Zürich, als unentgeltlicher Rechtsvertteter für das vorliegende Verfahren bestellt. und erkennt: 1. In teilweiser Guttheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Taggel- der von Fr. 938.40 nebst 5 % Zins seit 27. November 2004 sowie Verzugszinsen Fr. 6"387.45 zu bezahlen. 2. Das Verfahren ist kostenlos. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Dr. Norbert Rusch, Zürich, eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2\*750.70 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. Im weitergehenden Umfang wird der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Dr. Norbert Rusch, Zürich, mit Fr. 2'075.05 (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Beschwerdeführer wird auf § 92 ZPO hingewiesen.

KK.2008.00025 / Seite 11 von 11 Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Norbert Rusch -

- Bundesamt für Privatversicherungen Da der Streitwert unter Fr. 30'000.— liegt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit a BGG). Soweit keine Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG zulässig ist, kann gegen diesen Entscheid innert der gleichen Frist von 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Gerügt werden kann nach Art. 116 BGG die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten. Werden sowohl die zivilrechtliche Beschwerde als auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Die Fristen stehen während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG). Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie, die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

### **E. 8**

Oktober 2003 [Urk. 7/4] und 17. August 2004 [Urk. 7/8]) kein Beweiswert beigemessen werden kann, verhält es sich hinsichtlich seines Berichts vom 22. August 2008, der vom Kläger im Rahmen dieses Prozess eingereicht wurde und der inhaltlich mit den früheren Berichten übereinstimmt, nicht anders (Urk. 2/41). Demgegenüber hielt das Obergericht die Aussagen von Dr. sowie von Dr. und Lie. phü. für schlüssig (Urk. 2/5 S. 26, 31). Vor Obergericht interessierte die Frage nach der Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung am 30. September 2003 (Urk. 2/5 S. 26). Nicht von Relevanz war hingegen die Dauer der Arbeitsunfähigkeit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 29. Februar 2004 hinaus. Gleichwohl äusserte sich das Obergericht dazu. Es stützte sich bei seiner Feststellung, die Arbeitsunfähigkeit habe bis zum 26. Mai 2004 gedauert, auf die Aussage von Dr. . Sie erklärte als Zeugin, die Krankheit beziehungsweise die Arbeitsunfähigkeit des Klägers habe bis zum 26. Mai 2004 gedauert. Danach sei er **\*\*psychisch wieder gut dran\*\*** und **voU arbeitsfähig** gewesen. Lie. phü. konnte gemäss eigenen Aussagen nicht beurteilen, ob der Kläger Anfang Juni wieder **voU arbeitsfähig** gewesen sei. Sie bestätigte aber, dass die schlechte Phase bis Mitte/Ende April gedauert habe und es dem Kläger Anfang Juni [2004] wieder viel besser gegangen sei (Urk. 2/5 S. 31). Daraus ist zu schliessen, dass aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit lediglich bis zum 26. Mai 2004 bestand; insofern ist dem Obergericht beizupflichten. Jedoch lässt sich daraus nichts zur Dauer der Arbeitsunfähigkeit aus somatischer Sicht ableiten. Hierzu ist auf die Beurteilung von Dr. abzustellen. Dieser ist zu entnehmen, dass wegen einer beginnenden Arthrose im oberen Sprunggelenk (OSG) rezidivierende Schmerzen auftraten. Deswegen habe vom

### **E. 13**

April bis 30. Mai 2004 eine Arbeitsunfähigkeit in bisheriger Tätigkeit bestanden. In einer fusschonenden Tätigkeit sei eine Arbeitsfähigkeit **voU zumutbar** (Bericht vom 26. September 2004, Urk. 7/12). Diese Beurteilung vermag der vom Kläger im vorliegenden Verfahren eingereichte Bericht von Dr. med.

Facharzt für Orthopädische Chirurgie, vom 25. August 2008 nicht in Zweifel zu ziehen. Dr. behandelt den Kläger seit 2. Juni 2004. Er attestierte ihm eine Arbeitsunfähigkeit ab diesem Datum und begründete dies einerseits mit der Arthrose im rechten Fussgelenk und andererseits mit einer chronischen Lumboschialgie links (Urk. 2/42). Aus dem Bericht geht nicht hervor, wann die lumbalen Schmerzen auftraten.

KK.2008.00025 / Seite 8 von 11 balen Beschwerden auftraten. Im Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit, die ab 22. Oktober 2003 bestand und zur Leistungspflicht der Beklagten führte, sind sie indessen nicht aktenkundig und daher nicht zu berücksichtigen (vgl. Urk. 2/5, 7/3-8, Urk. 7/10-13). Dementsprechend kann auch auf die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit von Dr. nicht abgestellt werden.