

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20140228_d_zh_o_01 vom 28. Februar 2014

FINMA Versicherungsrecht, 2014-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20140228_d_zh_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20140228_d_zh_o_01 du 28 février 2014

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20140228_d_zh_o_01 del 28 febbraio 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Dazu gehören auch Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach dem VVG (BGE 138 III 2, 558 E. 2). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Sozialversicherungsgericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und E. 4.6). Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist unstrittig (Urk. 1 S. 3, Urk. 10 S. 2) gegeben. 1.2 Das Gericht stellt den Sachverhalt unabhängig vom Streitwert von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente zu berücksichtigen hat, die sich im Verlaufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien diese nicht angeführt haben, gilt nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Er entbindet die Parteien nicht davon, Beweise beizubringen und bei der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 III 231 E. 4a; Mazan in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, N 9 und N 13 zu Art. 247). Ebenso schliesst er die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1) und verleiht den Parteien keinen Anspruch, dass alle möglichen Beweise abgenommen werden, und auch keinen Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel (BGE 125 III 231; Urteil des Bundesgerichts 5C.34/2006 vom 27. Juni 2006 E. 2a). 1.3 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um

vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 130 III 321 E. 3.1). Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]). Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.5).

1.4 Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten und sich der Vertragsinhalt regelmässig nach den vorformulierten AVB richtet (Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg 1999, S. 23). Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt sodann die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) als anwendbar, soweit das VVG keine Vorschriften enthält.

1.5 Bei der Auslegung eines (Versicherungs-)Vertrages ist zu beachten, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen (BGE 93 II 326 E. 4b, 123 III 44 E. 2c/bb; Fuhrer, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N 77ff. zu Art. 33). Im Übrigen sind vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (BGE 135 III 1 E. 2, 135 III 410 E. 3.2). Somit bestimmt sich der Inhalt in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 133 III 675 E. 3.3; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005 E. 2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_41/2012 vom 31. Mai 2012 E. 3.3 mit Hinweisen). Bei der Auslegung von vorformulierten Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss (Urteil des Bundesgerichts 5C.21/2007 vom 20. April 2007 E. 3.1). Bei juristischen Fachausdrücken oder Begriffen, die in der Rechtssprache eine festumrissene Bedeutung haben, gilt vermutungsweise der fachtechnische Sinn (vgl. Stoessel, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 1-3 N 24).

E. 2

2.1 Auf die hier massgebliche, für den Kläger geltende Krankentaggeldversicherung sind die „Kundeninformation nach VVG“ (nachfolgend: Kundeninformation) und „die Vertragsbedingungen für Krankenlohnfallversicherung nach VVG“ (Ziff. 1-8 VB), Ausgabe 1/2007 (Urk. 2/2), anwendbar (Urk. 2/3 S. 4), welche die AVB (Ziff. 9-27 AVB) ergänzen. Versichert ist gemäss der Versicherungspolice das Risiko

Krankheit (Schadensversicherung, BVG-Produkt) mit 80 % des versicherten Verdienstes von Fr. 120'000.-- ab dem 15. Tag bis zum 730. Tag (Urk. 2/3 S. 3).

2.2 Gemäss Ziff. 11 lit. a AVB erstreckt sich die Versicherung auf die Folgen von Krankheiten, welche die versicherten Personen während der Dauer des Versicherungsschutzes erleiden. Bei

Schadensversicherungen gewährt die Beklagte nach Ziff. 12 lit. a AVB die versicherte Leistung bei Eintritt des versicherten Ereignisses und nur bei Nachweis eines durch das versicherte Ereignis verursachten Schadens. Der genaue Leistungsumfang ergibt sich aus der Police und den AVB. Leistungen Dritter werden angerechnet. Regressrechte bleiben vorbehalten. Ziff. 8.1 lit. a VB sieht unter dem Titel „8. Taggeld“, „8.1 Anspruch (Regelung Schadensversicherung)“, vor, dass die Beklagte für die Dauer der nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit, frühestens nach Ablauf der in der Police festgesetzten Wartefrist, den vereinbarten Prozentsatz des versicherten Verdienstes bezahlt. Vorausbescheinigungen der Arbeitsunfähigkeit werden längstens für einen Monat anerkannt (Ziff. 8.1 lit. b VB). Gemäss Ziff. 8.5 lit. a VB wird die Wartefrist in der Police bezeichnet und beginnt mit dem ersten Tag der nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit, frühestens jedoch drei Tage vor der erstmaligen ärztlichen Konsultation. Die Wartefrist wird pro Krankheitsfall berechnet (lit. b). Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit bezahlt die Beklagte nach Ziff. 8.8 lit. a VB das Taggeld entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit. Für die Bemessung der Leistungsdauer und Wartefrist zählen die Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit voll. Bei BVG-Produkten gibt eine Arbeitsunfähigkeit von weniger als 25 % keinen Anspruch auf Leistungen (lit. b). Nach Ziff. 8.2 lit. a VB sind die Leistungen durch die Beklagte nur subsidiär geschuldet, das heisst, wenn kein anderer Schadensversicherer leistungspflichtig ist. 2.3 Als Krankheit im Sinne der Versicherung gilt nach der Definition in Ziff. 2 lit. a VB jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Der Begriff Arbeitsunfähigkeit wird in Ziff. 6 VB definiert als die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf berücksichtigt.

E. 3

3.1 Der Kläger bringt zur Begründung seiner Forderung vor, er sei seit dem Unfall vom 21. Januar 2009 zu 50 % arbeitsunfähig, wie die Bestätigungen des Hausarztes med. pract. Y. ___ beweisen würden. Im Jahr 2009 hätten regelmässige Kontrollen bei med. pract. Y. ___ stattgefunden. Nach einem Jahr sei die Regelmässigkeit der Kontrollen vermindert worden, da der Gesundheitszustand stationär geblieben sei. Er habe den Arzt aber für die Verschreibung der Physio-therapie-Sitzungen und der Medikamente weiterhin aufsuchen müssen. Dass nach wie vor gesundheitliche Einschränkungen im Bereich der Halswirbelsäule (HWS) und Lendenwirbelsäule (LWS) bestanden hätten, gehe aus den Bildern der Magnetresonanztomographien (MRT) hervor. Dagegen könne auf die Gutachten des Vertrauensarztes der Unfallversicherung, Dr. med. Z. ___, Facharzt für Innere Medizin und für Physikalische Medizin sowie Rehabilitation, nicht abgestellt werden. Dessen Beurteilung, der Status quo sine sei erreicht, vermöge aufgrund des erheblichen Vorzustandes, der durch den Unfall vom 21. Januar 2009 verschlimmert worden sei, nicht zu bescheinigen, dass danach keine Arbeitsunfähigkeit mehr bestanden habe. Auch sei dessen Einschätzung, es bestehe in der selbständigen Tätigkeit als Gartenbauer eine 70%ige Arbeitsfähigkeit, angesichts der attestierten Einschränkungen nicht nachvollziehbar, zumal er, der Kläger, keine Angestellten habe. Zwar attestiere med. pract. Y. ___ eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit. Ein Wechsel des Tätigkeitsgebietes innerhalb von drei bis sechs Monaten, wie dies üblicherweise Arbeitnehmern zugemutet werde, komme hier nicht in Frage. Diese

Rechtsprechung könne nicht einfach auf die kurzfristigen Leistungen wie jene der Taggeldleistungen übertragen werden. Zudem hätte dies von der Beklagten geltend gemacht werden müssen. Auch sei ihm die Aufgabe seines Geschäfts als selbständiger Unternehmer nicht zumutbar, da das Unternehmen zuerst verkauft und liquidiert werden müsste. Ein Geschäftsnachfolger könnte in dieser kurzen Zeit nicht gefunden werden und derweilen würden die Betriebskosten weiter anfallen. Eine Liquidation des Unternehmens hätte gegenüber einer Geschäftsübergabe eine Einbusse für den Betriebsinhaber zur Folge. Ab dem Entscheid der Unfallversicherung, dass keine unfallbedingten Folgen mehr vorliegen würden, mithin ab dem 23. April 2010 sei von einer krankheitsbedingten 50%igen Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Der Anspruch auf das Krankentaggeld bestehe für die Zeit nach Ablauf der Wartefrist von 15 Tagen ab dem 8. Mai 2010 für die Dauer von 715 Tagen bis zum 22. April 2012 in der Höhe von 80 % des versicherten Verdienstes von Fr. 120'000.--, was bei einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit einem Anspruch von Fr. 94'027.40 entspreche. Seine Lebensversicherung sei nicht relevant für die Berechnung des Anspruchs. Denn es handle sich dabei um eine Summenversicherung bei Erwerbsunfähigkeit, welche in keinem Zusammenhang mit dem eingetretenen Schaden, das heisse dem Einkommensausfall, stehe (Urk. 1 S. 5 ff., Urk. 15 S. 3 ff., Urk. 26 S. 2 ff.). 3.2 Die Beklagte stellt sich dagegen auf den Standpunkt, gestützt auf die Beurteilung von Dr. Z. ___ vom 24. Juni 2009 sei davon auszugehen, dass spätestens ab dem 15. Juni 2009 eine Arbeitsunfähigkeit von maximal 30 % in der angestammten Tätigkeit als selbständiger Gärtner und eine volle Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten, körperlich leichten Tätigkeit ohne häufiges Bücken, Knien, Kauern, Überkopfarbeiten und Heben oder Tragen von Lasten über 15 Kilogramm bestanden habe. Auch med. pract. Y. ___ habe im Wesentlichen dieselben Einschränkungen angegeben und bereits im Juni 2009 für leichtere Arbeiten eine volle Arbeitsfähigkeit attestiert. Ansonsten sei aber auf die Einschätzung von med. pract. Y. ___, der angesichts seiner auftragsrechtlichen Vertrauensstellung als Hausarzt eher zugunsten seines Patienten aussage, in seinen Berichten keine Befunddokumentation, keine Dokumentation des gesundheitlichen Verlaufs seit dem Unfall und keine Begründung der behaupteten 50%igen Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit

aufgeführt habe und den Kläger in den Jahren 2010 bis 2012 nur wenige Male gesehen habe, nicht abzustellen. Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen von behandelnden Ärzten könne überhaupt nur dann Beweiswert zukommen, wenn regelmässige Konsultationen in engen zeitlichen Abständen stattfinden würden. Beim Kläger sei dies nicht der Fall gewesen. Zwischen den einzelnen Konsultationen bei med. pract. Y. ___ hätten grosse zeitliche Lücken bestanden. Gestützt auf die zweite Beurteilung von Dr. Z. ___ vom 11. Mai 2010 sei davon auszugehen, dass spätestens ab dem 23. April 2010 auch in der Tätigkeit als selbständiger Gärtner keine Arbeitsunfähigkeit mehr bestanden habe, zumal gemäss Dr. Z. ___ das Erleben der anlässlich der Untersuchung angegebenen subjektiven Beschwerden des Klägers in keinem Zusammenhang zu den pathologischen Befunden gestanden habe. Damit bestehe kein Anspruch des Klägers auf Krankentaggeldleistungen, da ab dem Ablauf der vertraglichen Wartefrist am 8. Mai 2010 keine Arbeitsunfähigkeit mehr vorgelegen habe. Zudem wäre selbst bei gegebener Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit nach den Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf massgebend. Da der Kläger am 8. Mai 2010 bereits seit mehr als 15 Monaten arbeitsunfähig gewesen wäre, wäre die Höhe des Restschadens zu ermitteln. Dieser entspreche gemäss dem Vorbescheid der IV-Stelle vom 27. März 2012 einem Invaliditätsgrad von 9 %, was ebenfalls keinen Anspruch auf ein Taggeld begründe, da

hiermit die Arbeitsunfähigkeit unter der vertraglichen Mindestgrenze von 25 % liege. Ein Berufswechsel sei dem Kläger zumutbar. Die Einräumung einer Übergangsfrist sei im vorliegenden Fall nicht erforderlich, zumal eine zeitnahe Fallbearbeitung angesichts der späten Anmeldung vom 6. Dezember 2011 nicht mehr möglich gewesen sei und die AVB die Gewährung einer Übergangsfrist nicht vorsehen würden. Im Übrigen würde sie, die Beklagte, allfällige Leistungen nur subsidiär schulden, das heisst wenn kein anderer Schadenversicherer, allenfalls die Lebensversicherung des Klägers, leistungspflichtig sei (Urk. 10 S. 4 ff., Urk. 22 S. 2 ff.). 3.3 Strittig und zu prüfen ist, ob die Forderung des Klägers gegen die Beklagte von Krankentaggeldern aufgrund einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als selbständiger Gartenpfleger und -gestalter für die Zeit vom 8. Mai 2010 bis 22. April 2012 in der Höhe von insgesamt Fr. 94'027.40 begründet ist. Unstrittig ist, dass die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers als selbständiger Gartenpfleger und -bauer nach dem Unfall vom 21. Januar 2009 aufgrund der unfallbedingten Gesundheitsfolgen nach erlittener Kontusion des Rückens und des Rippen thorax (Urk. 2/6-7) eingeschränkt war und dass eine nach der Einstellung der UVG-Leistungen per 23. April 2010 (Urk. 2/10) allfällig bestehende Arbeitsunfähigkeit nicht mehr unfall- sondern krankheitsbedingt war. Zu klären bleibt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit ab diesem Zeitpunkt ausgewiesen ist und - falls dies der Fall ist - ob ihm die Aufnahme einer anderen Erwerbstätigkeit zumutbar war.

E. 4

4.1 Gemäss dem Bericht von Dr. Z.____ vom 24. Juni 2009 gab der Kläger anamnestisch an, im Jahr 2002 eine Nackenverletzung erlitten zu haben, als ihm beim Turnen jemand in den Nacken gesprungen sei. Seit diesem Unfall habe er den Kopf nie mehr richtig drehen können. Anlässlich der Untersuchung vom 15. Juni 2009 habe der Kläger über Nackenbeschwerden mit Steifigkeit, Kopfbeschwerden bei Bück- oder unkontrollierten Kopfbewegungen, gelegentliche Missempfindungen an den Ober- und Unterarmen und Kreuzbeschwerden mit Ausstrahlung über das rechte Gesäss in die Rückseite des Ober- und Unterschenkels rechts verbunden mit Taubheit/Ameisenlaufen an der Fusssohle geklagt (Urk. 11/2 S. 2 f.). Dr. Z.____ kam nach Einsicht in die Unfallakten mit MRT-Bildern der HWS und der LWS sowie klinischer Untersuchung zum Schluss, das MRT des Nackens, welches anlässlich des Ereignisses im Jahr 2002 erstellt worden sei, zeige einen bedeutsamen degenerativen Vorzustand. An der LWS würden gemäss dem MRT vom 27. Februar 2009 (vgl. Urk. 16/2) keine bedeutsamen degenerativen Veränderungen bestehen. Der Status quo sine sei kaum vor neun, spätestens zwölf Monate nach dem Unfallereignis (vom 21. Januar 2009) als eingetreten zu betrachten. Die Arbeitsfähigkeit als selbständiger Gartenbauer betrage 70 %. Bücken, Knien, Kauern, Überkopfarbeiten und Heben/Tragen über 15 Kilogramm seien dem Kläger nur eingeschränkt beziehungsweise nicht zumutbar (Urk. 11/2 S. 4 f.). Gemäss dem Bericht von Dr. Z.____ vom 11. Mai 2010 untersuchte er den Kläger am 23. April 2010 erneut. Dieser habe angegeben, die Beeinträchtigungen seitens des Nackens mit Ausstrahlungen in Kopf und Arme seien unverändert. Besser geworden sei, dass der Kopfdruck nicht mehr so intensiv sei und er nicht mehr erbrechen müsse. Das Ameisen- und Kribbelgefühl an den Armen komme und gehe. Die Schmerzen hinsichtlich des unteren Rückens und des rechten Beins seien inzwischen weniger intensiv. Dreh- und Beugebewegungen, geschweige denn Bückbewegungen ertrage er aber nicht. Die aus Nacken und Rücken resultierenden Einschränkungen seien zahlreicher als zuvor. Es seien ihm praktisch nur mehr mit dem Bagger zu erledigende Tätigkeiten möglich. Für die

anderen Tätigkeiten habe er einen Mitarbeiter angestellt (Urk. 11/5 S. 2). Als zusätzliche bildgebende Grundlage führte Dr. Z. ___ das MRT der HWS vom 24. April 2010 auf, für dessen Inhalt er auf den Befundbericht des Radiologen (vgl. Urk. 16/3) verwies (Urk. 11/5 S. 3). Dr. Z. ___ hielt weiter die Diagnosen einer Cervico-Brachialgie beidseits mit/bei multisegmentalen degenerativen Veränderungen mit Punktum maximum C3-C6, einer chronischen Lumbo-Ischialgie rechts mit/bei degenerativer und congenitaler Spinalkanalstenose L4/5 sowie des Status nach Rücken- und Nackenkontusion/-distorsion am 21. Januar 2009 fest. Anlässlich der aktuellen Untersuchung habe sich der Kläger, der sich in seinem Alltags- und Berufsvollzug subjektiv schwer beeinträchtigt erlebt habe, mit körperlichem Vermeidungsverhalten und mit durch kräftiges Gegeninnervieren selbstlimitierendem Bewegungsverhalten von Nacken und Rücken gezeigt. Schmerz- und subjektives Beeinträchtigungserleben würden in keinem Zusammenhang zu den körperlich diagnostizierbaren pathologischen Befunden stehen und würden eine eigenständige Dynamik erkennen lassen. Die an der Halswirbelsäule in ihrem Ausmass teils deutlich über das Altersphysiologische

hinausgehenden degenerativen Veränderungen seien zweifellos zu erhöhter Schmerz- und Störanfälligkeit geeignet, Ausmass und Schwere der beschriebenen Veränderungen würden aber kaum das berichtete Beeinträchtigungserleben zu erklären vermögen. Den Brachialgien lasse sich kein neurologisches Ausfallkorrelat zuordnen. Armbeschwerden würden im Übrigen in den vorliegenden ärztlichen Unterlagen von med. pract. Y. ___ nirgends eine Erwähnung finden. Entsprechend herrschender Lehrmeinung könne davon ausgegangen werden, dass der organische Zustand von Nacken und Rücken nach Verletzungen wie Prellung, Zerrung und Stauchung nach der hier vorliegenden Heildauer heute soweit wieder hergestellt sei, wie er wäre, wenn sich der Unfall nicht ereignet hätte (Status quo sine; Urk. 11/5 S. 4 f.). 4.2 Diesen Berichten von Dr. Z. ___ ist entgegen der Ansicht der Beklagten keine Einschätzung einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit zu entnehmen. Auch in der angestammten Tätigkeit attestierte er keine 100%ige Arbeitsfähigkeit. Der Umstand, dass Dr. Z. ___ die geklagten Beschwerden und Einschränkungen als nicht vollständig mit den bildgebenden und klinischen pathologischen Befunden übereinstimmend beurteilte, bedeutet insbesondere nicht, dass er von seiner Einschätzung einer 30%igen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit, wie er sie im Bericht vom 24. Juni 2009 nachvollziehbar begründet festgehalten hatte (Urk. 11/2 S. 5), wieder abwich. Dr. Z. ___ verneinte im zweiten Bericht allein die unfallrechtlich interessierende Frage, ob die gesundheitlichen Folgen des Unfalls vom 21. Januar 2009 weiterhin für die geklagten Beschwerden von Belang seien, indem er angesichts der erlittenen Kontusionen und der dafür gemeinhin anzunehmenden Heilungsdauer auf das Erreichen des Status quo sine schloss, mithin den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und den geklagten Beschwerden als inzwischen dahingefallen beurteilte (Urk. 11/5 S. 5). Die von Dr. Z. ___ im zweiten Bericht festgehaltenen Befunde mit degenerativen Veränderungen an der HWS und LWS weisen im Vergleich zum ersten Bericht denn auch keine erheblichen Abweichungen auf (insbesondere „Praktisch unverändert eingeschränkt sich darstellende Nackenbeweglichkeitsgrenzen“, „Praktisch unverändert sich darstellende LWS-Beweglichkeitsmesswerte:“, Urk. 11/5 S. 3, Urk. 11/2 S. 3 f.). Die MRT von HWS und LWS ergaben multisegmentale degenerative Veränderungen an der HWS und LWS mit Einengungen mehrerer Neuroforamina und vermuteter Reizung der Nervenwurzeln C4-C7 (Urk. 16/3) sowie mit knapp mittelschweren zentralen Spinalkanalstenosen L4/5 und

kleiner, tendenziell eher linksseitigen Diskushernie L5/6 mit Kontakt zur Nervenwurzel S1 links (Urk. 16/2). Es ist nachvollziehbar, dass die Tätigkeit als selbständiger Gärtner mit zusätzlich angebotenen Winterdiensten, welche teilweise körperlich schwerere, rücken- und nackenbelastende Arbeiten beinhaltet (etwa Obstschnitarbeiten am Hochstamm mit der Rebschere, Heben und Auslegen von Fertigrasenrollen, Platten und Mauern verlegen; Urk. 11/2 S. 2; Schneeräumen, Urk. 2/5 S. 3), anhaltend Einschränkungen unterliegt, wie sie Dr. Z.____ im Bericht vom 11. Mai 2010 beschrieben hatte (Bücken, Knien, Kauern, Überkopfarbeiten und Heben/Tragen über 15 Kilogramm; Urk. 11/2 S. 5). Es ist daher von einer andauernden 30%igen Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als selbständiger Gartenpfleger und -gestalter spätestens seit dem 24. Juni 2009 auszugehen.

4.3 Zu keinem anderen Ergebnis führen die Berichte des Hausarztes med. pract. Y.____, der seit dem Unfall vom 21. Januar 2009 eine andauernde 50%ige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit bei einer zumutbaren Anwesenheit im Betrieb von 8 Stunden pro Tag attestierte (Urk. 2/6-8, Urk. 11/1/2-5, Urk. 11/1/11- 12, Urk. 11/3, Urk. 11/41). Dem undatierten Bericht zuhanden des Unfallversicherers (Datum der Versicherungsanfrage: 9. April 2009) von med. pract. Y.____ ist zu entnehmen, dass er die 50%ige Arbeitsunfähigkeit vor allem damit begründete, dass der Kläger sich bei einem rechtsseitigen lumbo-spondylogemem Schmerzsyndrom und einem cervico-vertebralen Syndrom nicht bücken könne und keine Lasten über 10 Kilogramm heben könne (Urk. 2/7 S. 1). Im Bericht vom 30. Oktober 2009 hielt er fest, es seien Behinderungen bei Rotationsbewegungen bei flektierter/rekliertem LWS, beim Bücken und gebückten Arbeiten, beim Heben von Lasten vom Boden über fünf Kilogramm, bei Überkopfarbeiten und bei langem Sitzen gegeben (Urk. 11/1/4). Als Befunde nannte med. pract. Y.____ im Bericht vom 27. Mai 2011 eine belastungsabhängige Cervico-Brachialgie beidseits und eine Lumboischialgie. Beim Bücken, beim Heben von Lasten und bei Rotationsbewegungen unter Last klage der Kläger über Schmerzen im Nacken-/Schulter- und Rückenbereich beidseits (Urk. 11/1/41 S. 1 f.). Klinische und/oder bildgebende Untersuchungsbefunde sind in den Berichten von med. pract. Y.____ nicht aufgeführt. Die Einschätzung der attestierten 50%igen Arbeitsfähigkeit ist daher nicht nachvollziehbar begründet und basiert hauptsächlich auf den Angaben des Klägers selbst. Deshalb und angesichts der fehlenden fachärztlichen Qualifikation ist auf die Beurteilung von med. pract. Y.____ nicht abzustellen, zumal die fachärztliche Beurteilung von Dr. Z.____ überzeugt. Nicht zu zweifeln ist gestützt auf die Berichte von med. pract. Y.____ zumindest daran, dass sich der Gesundheitszustand seit der Beurteilung durch Dr. Z.____ erwartungsgemäss nicht spontan verbessert hat, so dass von einem stationären Gesundheitszustand in der hier massgeblichen Zeit bis zum 22. April 2012 auszugehen ist.

4.4 Nach dem Gesagten ist von einer Arbeitsunfähigkeit von 30 % in der hier massgeblichen Zeit vom 24. April 2010 bis 22. April 2012 auszugehen. Von weiteren medizinischen Abklärungen ist abzusehen, da hiervon keine neuen/anderen entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten sind (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 4.2).

E. 5

5.1 Zu prüfen ist weiter, ob dem Kläger bei dieser Ausgangslage die Aufgabe der selbständigen Tätigkeit zugunsten einer „Tätigkeit in einem anderen Beruf“ im Sinne von Ziff. 6 VB (zweiter Satz) für den betreffenden Zeitraum zumutbar war.

5.2 Dr. Z.____ äusserte sich - wie ausgeführt - nicht zum Umfang der Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit. Med. pract. Y.____ attestierte im Jahr 2009 eine 100%ige

Arbeitsfähigkeit in Bezug auf eine rückschonende, wechselbelastende und körperlich leichte Tätigkeit ohne Bücken und Rotationsbewegungen (undatierter Bericht, Urk. 2/7 S. 1). In den Berichten vom 27. Mai 2011 (Urk. 11/141

S. 2 f.) und vom 24. Mai 2011 schloss er weiterhin auf eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer wechselbelastenden Tätigkeit ohne Rotation im Sitzen oder Stehen, ohne Überkopf-Arbeiten, ohne häufiges Bücken, ohne häufiges Knien oder Kauern, ohne häufiges Heben und Tragen, ohne Lasten über 10 Kilogramm und ohne ständiges Treppen- und Leitern-/Gerüste- steigen (Urk. 11/1/5 S. 3). Ob darauf abzustellen ist, kann hier offen bleiben. Denn selbst unter der Annahme einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit war dem Kläger die Aufgabe seines Betriebes und ein Berufswechsel ab dem 24. April 2010 nicht zumutbar, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

E. 5.3

5.3.1 Die Definition der Arbeitsunfähigkeit in Ziff. 6 VB entspricht jener, welche im Sozialversicherungsrecht gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) gilt. Auch dort wird die Arbeitsunfähigkeit definiert als die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf (oder Aufgabenbereich) zumutbare Arbeit zu leisten (Satz 1). Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem andern Beruf (oder Aufgabenbereich) berücksichtigt (Satz 2). Die Definition des Begriffes Krankheit gemäss in Ziff. 2 lit. a AVB entspricht jener in Art. 3 Abs. 1 ATSG. Da bei solchen in vorformulierten Vertragsbestimmungen verwendeten juristischen Fachausdrücken oder Begriffen, die in der Rechtssprache eine festumrissene Bedeutung haben, vermutungsweise der fachtechnische Sinn gilt (vgl. Erwägung 1.5 hiavor), ist die folgende Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht zum Begriff der Arbeitsunfähigkeit sinngemäss zu beachten, welche Eingang in Art. 6 Satz 2 ATSG fand (nicht publizierte E. 6.1.2 von BGE 135 V 306 [8C_763/2008] mit Hinweisen).

5.3.2 Gemäss der Rechtsprechung im Taggeldbereich nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) ist der Grad der Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung des bisherigen Berufes festzusetzen, solange von der versicherten Person vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, ihre restliche Arbeitsfähigkeit in einem anderen Berufszweig zu verwerten. Dies ergibt sich aus der Schadenminderungspflicht (BGE 114 V 281 E. 1d und E. 3d je mit Hinweisen). Diese stellt die Anweisung an die versicherte Person dar, nach Eintritt des Schadens alle ihr möglichen und zumutbaren Massnahmen zu treffen, um diesen zu mindern oder zu beheben. Sie ist als allgemeiner Grundsatz des Sozialversicherungsrechts bei der Leistungsfestsetzung regelmässig und zwingend zu beachten (BGE 117 V 394). Bei der Frage nach der Zumutbarkeit einer Aufgabe einer selbständigen Erwerbstätigkeit sind gemäss der Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht die gesamten subjektiven und objektiven Gegebenheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. Im Vordergrund stehen bei den subjektiven Umständen die verbliebene Leistungsfähigkeit sowie die weiteren persönlichen Verhältnisse, wie das Alter, die berufliche Stellung und die Verwurzelung am Wohnort. Bei den objektiven Umständen sind insbesondere der ausgeglichene Arbeitsmarkt und die noch zu erwartende Aktivitätsdauer massgeblich (AHI 2001 S. 283 E. 5a/bb mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts I 15/05 vom 18. Juli 2005 E. 6.1.2). Das Risiko der schwierigen Vermittelbarkeit haben nicht die Krankenkassen zu übernehmen. Dazu besteht jedoch die wichtige Ausnahme, dass sie dem zur Schadenminderung durch Berufswechsel verpflichteten Versicherten praxisgemäss eine gewisse Übergangsfrist zur Stellensuche und

zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse einzuräumen haben (BGE 114 V 28 E. 5b). Nach Ablauf einer angemessenen Anpassungszeit von drei bis fünf Monaten ab Ansetzung der Frist hängt der Taggeldanspruch davon ab, ob und wie sich die Verwertung der Restarbeitsfähigkeit auf den krankheitsbedingten Erwerbsausfall im bisherigen Beruf und auf den damit zusammenhängenden Taggeldanspruch auswirkt. Die Leistungspflicht des KVG-Taggeldversicherers erlischt somit nicht automatisch vollumfänglich, wenn eine andere Tätigkeit zumutbar ist. Ist das in dieser anderen Tätigkeit erzielbare Einkommen geringer, so verbleibt ein Restschaden, für den der Taggeldversicherer leistungspflichtig bleibt (BGE 114 V 281 E. 3, 129 V 460 E. 4.2-3; nicht publizierte E. 6.1.2 von BGE 135 V 306 [8C_763/2008] mit Hinweisen; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 9C_74/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 3.2 und 9C_595/2008 vom 5. November 2008 E. 4.5 und E. 5).

E. 5.4

5.4.1 Das Kriterium der „langen Dauer“ der Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Ziff. 6 Satz 2 VB ist hier erfüllt. Denn sie bestand bereits seit dem Unfall vom 21. Januar 2009 und damit am 24. April 2010 seit über einem Jahr. Die relativ kurze Dauer der versicherten Leistung von 716 Tagen (dazu vgl. Erwägung 6 hernach) spricht allerdings dafür, an die Bejahung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels erhöhte Anforderungen zu stellen; dies unabhängig von der Frage, ob die Beklagte dem Kläger eine Übergangsfrist hätte ansetzen müssen, was in der Rechtsprechung im VVG-Bereich jedenfalls nicht unbesehen der konkreten vertraglichen Vereinbarung verlangt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_111/08 vom 16. Juni 08 E. 3; Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2008.00025 vom 21. Mai 2010 E. 3.4). Es fällt insbesondere der Umstand, dass der Kläger als Einzelunternehmer nicht nur seine bisherige Erwerbstätigkeit als Gärtner, sondern ausserdem sein Geschäft hätte aufgeben und liquidieren müssen, erheblich gegen die Zumutbarkeit eines Berufswechsels ins Gewicht. Dies gilt umso mehr, als die verbliebene Leistungsfähigkeit im bisherigen Beruf mit 70 % weitgehend erhalten geblieben ist. Dagegen liegen keine persönlichen und objektiven Umstände vor, welche diese Ausgangslage massgeblich zu relativieren vermöchten. Denn der Kläger war mit dem Jahrgang 1961 von April 2010 bis April 2012 nicht mehr jung. Eine berufliche Neuorientierung wäre aufgrund der verbleibenden Aktivitätsdauer von rund 15 Jahren und angesichts des eingeschränkten Anforderungsprofils der leidensangepassten Tätigkeit nicht einfach, zumal er als gelernter Gärtner D (Landschaftsgärtner) mit Weiterbildung als Vorarbeiter und Gartenbaupolier sowie im Bereich Baggerarbeiten seit Abschluss seiner Lehre im Jahr 1980 stets im Gartenbau und seit 1995 selbständig erwerbstätig war (Urk. 2/5 S. 3, Urk. 11/2 S. 2, Urk. 23/3, Urk. 23/4 S. 5, Urk. 23/5 S. 2 f.), mithin über keine Erfahrung in (körperlich leichteren) Tätigkeiten als Angestellter etwa in der kaufmännischen

Branche, industriellen und gewerblichen Produktion oder im sonstigen handwerklichen Gewerbe verfügt. Zudem kann ihm eine Verwurzelung am Wohnort nicht abgesprochen werden, auch wenn er keine Kinder hat. Denn er bewohnt mit seiner Ehefrau ein eigenes Einfamilienhaus, wo er Hunde züchtet und Hirsche hält (Urk. 2/5 S. 3 und S. 5). 5.4.2 Bei dieser Sachlage ist eine Tätigkeit in einem anderen Beruf bei der Festsetzung der Arbeits(un)fähigkeit unbeachtlich. Es bleibt damit bei der Berücksichtigung der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf von 30 % in der hier massgeblichen Zeit vom 24. April 2010 bis 22. April 2012. Die weiteren Vorbringen der Parteien vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern. 6. Die Höhe des vereinbarten respektive geschuldeten

Taggeldes bei einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit wird von den Parteien entsprechend der Versicherungspolice (Urk. 2/3) zu Recht je ausgehend von 80 % des versicherten Verdienstes von Fr. 120'000.-- pro Jahr auf Fr. 263.-- festgesetzt (Urk. 1 S. 6, Urk. 10 S. 11). Folglich ist hier in Anwendung von Ziff. 8.8 lit. a VB bei einer 30%igen Arbeitsunfähigkeit ein Taggeld von Fr. 78.90 geschuldet. Gemäss der Police beginnt das Taggeld am 15. Tag der nachgewiesenen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit (Ziff. 8.5 lit. a VB) und dauert bis zum 730. Tag (Urk. 2/3 S. 3), was - entgegen den Berechnungen der Parteien - nicht 715 Tagen sondern 716 Tagen entspricht und bis und mit dem 22. April 2012 dauert. Angesichts des Rechtsbegehrens des Klägers, es sei ihm ab dem 8. Mai 2010 für die Dauer von 715 Tagen ein Krankentaggeld auszurichten (Urk. 1 S. 2), und angesichts der in diesem Verfahren herrschenden Dispositionsmaxime (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_572/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 4) sind ihm in teilweiser Gutheissung der Klage 715 Taggelder à Fr. 78.90 und damit insgesamt 56'413.50 Franken zuzusprechen.

E. 7

Teil des GOG). Dasselbe gilt für die Verordnung über die Anwaltsgebühren (LS 215.3). Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich somit nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 5 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer). Gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen. 7.2Der Kläger obsiegt teilweise. Dementsprechend und unter Berücksichtigung der genannten Bestimmungen ist ihm eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Was er zum geltend gemachten Einfluss des Verhaltens der Beklagten auf die Parteientschädigung ausführt - die Beklagte habe sich vor Klageeingang nicht zu ihrer Rechtsposition geäussert (Urk. 1 S. 7, Urk. 15 S. 10 f.) -, vermag eine Abweichung von den massgeblichen Bestimmungen nicht zu rechtfertigen. Das Gericht erkennt: 1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 56'413.50 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen. 2. Das Verfahren ist kostenlos. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4. Zustellung gegen Empfangsschein an: Rechtsanwältin Regula Aeschlimann Wirz Rechtsanwältin Angela Schweiter Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA 5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten 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 des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin
GrünigHartmann

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