

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150623\_d\_zh\_o\_01 vom 23. Juni 2015**

FINMA Versicherungsrecht, 2015-06-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20150623\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20150623_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150623\_d\_zh\_o\_01 du 23 juin 2015

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150623\_d\_zh\_o\_01 del 23 giugno 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

März 2013 kein Rentenanspruch mehr bestehe. Die vom Versicherten gegen die Verfügung vom 28. Januar 2014 erhobene Beschwerde wies das hiesige Gericht mit Urteil vom 3. Juni 2015 (Prozess Nr. IV.2014.00250) ab.

#### **E. 1.1**

Nach Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) unterliegen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dem VVG. Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 124 III 44 E. 1a/aa und 232 E. 2b). Nach Art. 85 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) entscheidet das Gericht privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungsunternehmen oder zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten. Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG zuständig (Art. 7 der schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer; BGE 138 III 2).

#### **E. 1.2**

Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO stellt das Gericht im Verfahren betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Sie haben die relevanten Fakten vorzubringen und die allenfalls zu erhebenden Beweismittel nach Möglichkeit zu bezeichnen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_723/2012 vom 3. April 2013 E. 3.3 mit Hinweisen).

#### **E. 1.3**

Art. 87 VVG gewährt demjenigen, zu dessen Gunsten die kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht auf die Versicherungsleistungen im Versicherungsfall gegen den Versicherer (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2c; Peter Stein, Basler Kommentar VVG, Basel 2001, Art. 87 VVG N 15; Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/2, Basel 1979, S. 729).

#### **E. 1.4**

Gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise -hindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 128 III 273 E. 2a/aa mit Hinweisen). Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags (BGE 130 III 323 E. 3.1). Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsvertrags 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 gegenüber dem Anspruchsberechtigten berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (vgl. zum Ganzen BGE 130 III 323 E. 3.1). Sobald das Gericht vom Beweisergebnis überzeugt ist, wird die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 118 II 147 E. 3a unten und 114 II 291 E. 2a Mitte).

### **E. 1.5**

Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insofern eine Beweiserleichterung, als er in der Regel nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat. Allerdings kann der Versicherer im Rahmen des Gegenbeweises Indizien geltend machen, welche die Glaubwürdigkeit des Ansprechers erschüttern oder erhebliche Zweifel an seinen Schilderungen erwecken. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als überwiegend wahrscheinlich und damit nicht als bewiesen anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert (BGE 130 III 326 E. 3.4 mit Hinweis, Urteil des Bundesgerichts 5C.146/2000 vom 15. Februar 2001 E. 4b mit Hinweisen).

### **E. 1.6**

Art. 61 VVG bestimmt, dass der Anspruchsberechtigte verpflichtet ist, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen, und dass er, wenn nicht Gefahr im Verzuge liegt, über die zu ergreifenden Massnahmen die Weisung des Versicherers einholen und zu befolgen hat (Abs. 1). Hat der Anspruchsberechtigte diese Pflichten in nicht zu entschuldigender Weise verletzt, so ist der Versicherer berechtigt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung jener Obliegenheiten vermindert hätte (Abs. 2). Gemäss der Rechtsprechung (BGE 128 III 36; Urteil des Bundesgerichts 5C.89/2000 vom 5. November 2001 E. 3b) kommt der Rettungspflicht nach Art. 61 VVG, obwohl im Kapitel über die Schadensversicherung geregelt, auch in der Personenversicherung Geltung zu. Sodann ist gemäss der Rechtsprechung zu Art. 61 VVG (Urteil des Bundesgerichts 4A\_111/2010 vom 12. Juli 2010) die Praxis der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts zur sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht nach Art. 21 Abs. 4 des

Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) im Bereich der privaten Krankentaggeldversicherung analog anzuwenden. Nach dieser Bestimmung können einer versicherten Person, welche sich einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, entzieht oder widersetzt oder nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu beiträgt, die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden, wenn sie vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen und wenn ihr eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt wurde. In der Regel wird eine Frist von drei bis fünf Monaten als angemessen betrachtet. Die Anpassungszeit beginnt mit der Aufforderung des Taggeldversicherers zum Berufswechsel (Urteil des Bundesgerichts K 224/05 vom 29. März 2007 E. 3.3; BGE 114 V 281 E. 5b; 111 V 235 E. 2a). Der Versicherer, der von der versicherten Person zur Erfüllung der Schadenminderungsobligenheit einen Berufswechsel erwartet, hat dies der versicherten Person daher mitzuteilen und ihr eine angemessene Frist ansetzen, um sich anzupassen und eine Stelle zu finden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_79/2012 vom 27. August 2012 E. 5.1; BGE 133 III 527 E. 3.2.1; Marcel Süsskind, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Pascal Grolimund, Hrsg., Basler Kommentar VVG Nachführungsband, Basel 2012, Art. 61 VVG ad N 14 und 16).

## **E. 2**

Mit Eingabe vom 20. Februar 2014 (Urk. 1) erhob der Versicherte Klage gegen die SWICA mit dem Rechtsbegehren, es sei diese zu verpflichten, ihm für die Zeit vom 1. Februar 2013 bis 22. September 2013 Krankentaggeldleistungen im Umfang von Fr. 25'511.80 nachzuzahlen beziehungsweise zu bezahlen (S. 2).

Mit Klageantwort vom 26. März 2014 (Urk. 12) beantragte die SWICA die Abweisung der Klage, insoweit der Kläger damit die Ausrichtung eines Krankentaggeldes für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit ab 1. Mai 2013 beantrage (S. 2), und anerkannte einen Anspruch des Versicherten auf ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % für die Zeit vom 28. Januar bis 30. April 2013 (S. 8). Mit Verfügung vom 3. April 2014 (Urk. 10) wurden bei der IV-Stelle die Akten der Invalidenversicherung in Sachen des Klägers (Urk. 13/1-83) beigezogen. Mit Replik vom 26. Juni 2014 (Urk. 16) nahm der Kläger dazu Stellung und hielt an seinem klageweise gestellten Rechtsbegehren fest (S. 2). Mit Duplik vom 25. August 2014 (Urk. 19) hielt die SWICA an ihrem Antrag auf Abweisung der Klage, insoweit damit die Ausrichtung eines Krankentaggeldes für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit ab 1. Mai 2013 beantragt wurde, fest. Eine Kopie dieser Eingabe wurde dem Kläger am 28. August 2014 (Urk. 20) zugestellt. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Den sich bei den Akten befindenden Versicherungspolicen vom 8. Dezember 2009 (Urk. 9/1) und vom 10. Oktober 2012 (Urk. 9/2) ist zu entnehmen, dass die Beklagte und die Y.\_\_\_\_ einen kollektiven Krankenzusatzversicherungsvertrag abgeschlossen und darin für das gesamte Personal der Y.\_\_\_\_ (mit Ausnahme des Kaders und der in der Administration Beschäftigten) ein Krankentaggeld in der Höhe von 80 % des AHV-beitragspflichtigen Verdienstes bis zu einem Höchstbetrag von Fr. 250'000.-- für eine Leistungsdauer von 730 Tagen pro Fall, bei einer Wartefrist von 14 Tagen pro Kalenderjahr, vereinbart haben. Im Vertrag wurde auf die „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die kollektive

Taggeldversicherung", Ausgabe 2006 (Urk. 9/3; nachfolgend: AVB) verwiesen, welche durch Übernahme Vertragsbestandteil wurden.

### **E. 2.2**

In Ziff. 4.1 der Versicherungspolice vom 10. Oktober 2012 (Urk. 9/2 S. 4) wird die Nachleistung bei Austritt mit laufender Arbeitsunfähigkeit folgendermassen umschrieben: „ In Abänderung von Artikel 25 und 47 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) bezahlt SWICA das Taggeld für Krankheiten, die während der Vertragsdauer eingetreten sind, noch bis zur Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit, längstens jedoch bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer. Diese Leistungen werden der Kollektivversicherung belastet. Neue Arbeitsunfähigkeiten sind nur versichert, sofern vom Übertrittsrecht in die Einzelversicherung Gebrauch gemacht wurde“.

### **E. 2.3**

In Art. 3 der AVB (Urk. 9/3) wird das versicherte Ereignis „Krankheit“ wie folgt umschrieben: „ Krankheit ist jede 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“. Die Arbeitsunfähigkeit wird in Art. 16 der AVB (Urk. 9/3) definiert: „ Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit im bisherigen Beruf oder Aufgabengebiet zumutbare Arbeit zu leisten. Nach 3 Monaten Arbeitsunfähigkeit wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt“. Der Taggeldanspruch wird in Art. 12-13 der AVB (Urk. 8/2) umschrieben: „ Ist der Versicherte nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig, bezahlen wir bei voller Arbeitsunfähigkeit das im Vertrag aufgeführte Taggeld. (Art. 12) Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % wird das Taggeld entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet. (Art. 13)“

### **E. 2.4**

In Art. 32-37 der AVB (Urk. 9/3) wird die Taggeldberechnung geregelt: „ Als Grundlage für die Bemessung der prozentualen Taggelder gilt der letzte vor der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bezogene AHV-Lohn. Vorbehalten bleibt eine Anpassung in Fällen, bei denen dieser Lohn nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen (mutmasslich entgangener Verdienst) entsprechen würde. Dieser Lohn wird auf ein volles Jahr umgerechnet und durch 365 (Schaltjahre durch 366) geteilt. (...) (Art. 32) Ein Verdienst aus anderweitiger Tätigkeit als für den versicherten Betrieb wird nicht berücksichtigt. (Art. 34) Die gemäss Art. 32 bis 36 ermittelten Taggelder werden für jeden Kalendertag ausgerichtet. (Art. 37)“

### **E. 2.5**

Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Es ist demnach in erster Linie der festgestellte wirkliche Wille der Vertragsparteien massgebend. Lässt sich dieser nicht feststellen, ist der mutmassliche Parteiwillen zu ergründen. Dieser ist nach dem Vertrauensgrundsatz zu ermitteln (BGE 119 II 372 E. 4b). Danach sind Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den

gesamten Umständen vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 111 II 279 E. 2b). Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen,

was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss.

### **E. 2.6**

Darauf, dass der Vertragspartner eine Vereinbarung nach Treu und Glauben in einem gewissen Sinne hätte verstehen müssen, darf sich die Gegenpartei nur berufen, soweit sie selbst die Bestimmung tatsächlich so verstanden hat (vgl. BGE 105 II 16 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_219/2010 vom 28. September 2010 E. 1, nicht publ. in: BGE 136 III 528). Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann mithin nicht zu einem normativen Konsens führen, der so von keiner der Parteien gewollt ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_538/2011 vom 9. März 2012 E. 2.2).

### **E. 2.7**

Schliesslich und subsidiär wird die Geltung vorformulierter AVB durch die sogenannte Unklarheits- und die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Nach der Unklarheitsregel sind mehrdeutige Klauseln in Versicherungsverträgen gegen den Versicherer als deren Verfasser auszulegen (BGE 122 III 118 E. 2a, 126 III 388 E. 9d). Diese Regel ist indessen erst dann anzuwenden, wenn die übrigen Auslegungsmittel zu keinem Resultat führen und der bestehende Zweifel nicht anders beseitigt werden kann (BGE 122 III 118 E. 2d). Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind von der globalen Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 135 III 1 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Der Kläger macht zusammengefasst geltend, dass er infolge von Leiden im Bereich seines rechten Kniegelenks und seines linken Ellenbogengelenks vom 1. Februar bis 11. August vollständig und ab 12. August 2013 im Umfang von 50 % arbeitsunfähig gewesen sei, weshalb bis 11. August 2013 ein Anspruch auf ein volles Taggeld und ab 12. August 2013 ein solcher auf ein halbes Taggeld bestehe (Urk. 1 S. 8). Sollte wider Erwarten ab Ende November 2012 von einer Arbeitsfähigkeit von 100 % auszugehen sein, sei ihm für einen Berufswechsel bis Ende Juli 2013 Zeit einzuräumen (Urk. 16 S. 6).

### **E. 3.2**

Die Beklagte bringt hiegegen vor, dass der Kläger gemäss der medizinischen Aktenlage in einer angepassten Tätigkeit ab 29. November 2012 vollumfänglich arbeitsfähig und in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit ab 3. Januar 2013 im Umfang von 50 % arbeitsunfähig gewesen sei. Da sie den Kläger indes erst am 28. Januar 2013 zum Berufswechsel aufgefordert habe, habe die vertragliche dreimonatige Frist zum Berufswechsel zu diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen und sei am 30. April 2013 abgelaufen. Während dieses

Zeitraums sei ein Anspruch des Klägers für ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % ausgewiesen (Urk. 6 S. 8). In diesem Sinne sei die Klage teilweise abzuweisen (Urk. 6 S. 8).

### **E. 3.3**

Im Umfang eines Anspruchs auf Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % für die Zeit vom 28. Januar bis 30. April 2013 hat die Beklagte die Klage des Klägers vom 20. Februar 2014 teilweise anerkannt. In diesem Umfang ist das Verfahren daher zufolge Anerkennung der Klage als erledigt abzuschreiben.

### **E. 4.1**

Streitig und zu prüfen ist im Folgenden daher, ob der Kläger während der Zeit vom 1. Februar bis 22. September 2013 einen Erwerbsausfall erlitt, welchen ihn zum Bezug eines Krankentaggeldes berechnigte.

### **E. 4.2**

Bei den vorstehend erwähnten Klauseln der AVB handelt es sich weder um unklare noch um ungewöhnliche Klauseln, welche von der globalen Zustimmung ausgenommen und auf welche gesondert aufmerksam hätte gemacht werden müssen (Ungewöhnlichkeitsregel; vorstehend E. 2.7 vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2004 vom 31. August 2004 E. 2.3.1).

### **E. 4.3**

Mangels eines übereinstimmenden wirklichen Willens sind die Klauseln der AVB nach dem Vertrauensprinzip und somit normativ auszulegen. Die Klauseln sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens daher so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen von der Y. \_\_\_ verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 626 E. 3.1 mit Hinweisen). Dabei gilt es zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a mit Hinweisen).

### **E. 4.4**

In Art. 3 der AVB ist der Begriff der Krankheit als eine 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, definiert. Diese Definition stimmt grundsätzlich mit der als allgemein gebräuchlich geltenden Definition der Krankheit in Art. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) überein. Gleiches gilt für die Definition der Arbeitsunfähigkeit von Ziff. 16 der AVB, welche - abgesehen von der darin ausdrücklich erwähnten Frist von 3 Monaten für eine Berücksichtigung einer zumutbaren Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich - grundsätzlich mit der in Art. 6 ATSG enthaltenen Definition der Arbeitsunfähigkeit übereinstimmt.

### **E. 5.1**

Im Folgenden ist die für den streitigen Taggeldanspruch massgebende medizinische Aktenlage zu prüfen.

### **E. 5.2**

Dr. med. Z.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, stellte in seinem Bericht vom 23. Januar 2012 (Urk. 7/28/6-7) die folgenden Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit (S. 1): mediale Meniskusläsion und Knorpeldefekt femoral medial rechts bei Status nach arthroskopischer Meniskusnaht mediales Hinterhorn, Arthrotomie mit Mikrofrakturierung medialer Femurkondylus und autologe Matrix induzierte Chondrogenese (AMIC) am 23. September 2011 posttraumatische Ellenbogenarthrose links bei Status nach Ellenbogenluxationsfraktur links und Schraubenosteosynthese 27. April 1988

Status nach Schraubenentfernung und Entfernung periartikulärer Verkalkungen August 1988 Status nach Radiusköpfchenresektion, Entfernung periartikulärer Verkalkung Juni 1990 Als Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit führte er einen Diabetes mellitus II, eine Adipositas sowie eine Dyslipidämie auf. Bis anhin sei davon ausgegangen worden, dass der Kläger wieder die volle Arbeitsfähigkeit erlangen werde (S. 2).

### **E. 5.3**

Dr. med. A.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, Spital B.\_\_\_\_, diagnostizierte in seinem Bericht vom 8. Februar 2012 (Urk. 7/8) einen Verdacht auf eine Delamination der AMIC-Membran sowie ein ungenügendes Knorpelregenerat am medialen Femurkondylus bei Status nach arthroskopischer Meniskusnaht, Arthrotomie, Microfracturing und MIC bei ausgedehnter medialer Knorpelläsion am 23. September 2011 und erwähnte, dass eine MRI-Untersuchung des rechten Kniegelenks des Klägers vom 23. Januar 2012 eine instabile Knorpelmembran im Bereich des Microfracturing und ein Knochenmarksödem ohne sichtbares Knorpelregenerat ergeben habe. Es sei eine Re-Operation und die Einsetzung einer unikondylären Knieprothese am rechten Knie angezeigt.

### **E. 5.4**

Die Ärzte der C.\_\_\_\_ erwähnten in ihrem Bericht vom 3. Mai 2012 (Urk. 7/12), dass das Extensionsdefizit sowie die Schmerzen im Bereich des rechten Knies des Klägers sehr wahrscheinlich durch die gelöste AMIC- Plastikmembran, welche am 23. September 2011 eingesetzt worden sei, verursacht würden. Diesbezüglich bestünden vier verschiedene chirurgische Therapieoptionen: eine Kniearthroskopie mit Débridement, eine Hemicap, eine unikompartimentelle Knieprothese und eine valgisierende Osteotomie mit erneuter AMIC-Plastik (S. 2).

### **E. 5.5**

Mit Bericht vom 21. September 2012 (Urk. 7/12) führten die Ärzte der C.\_\_\_\_ aus, dass beim Kläger am 19. September 2012 eine Kniearthroskopie rechts mit medialer Teilmenisektomie und Débridement der AMIC- Membran durchgeführt worden sei (S. 1).

### **E. 5.6**

Die Ärzte des D.\_\_\_\_, Dr. med. E.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, und Dr. med. F.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, erwähnten in ihrem Gutachten am 28. Januar 2013 (Urk. 7/18), dass der Kläger am 29. November 2012 untersucht worden sei (S. 1), und stellten die folgenden Diagnosen (S. 8): Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit: mediale Gonarthrose rechts mit/bei Status nach Arthrotomie und Mikrofrakturierung nach Steadmann medialer Femurkondylus mit AMIC-Membran am 23. September 2011 Status

nach Arthroskopie mit medialer Teilmeniskuskektomie (Hinterhorn), Débridement AMIC-Membran medialer Kondylus am 19. September 2012 Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit: Adipositas Grad I Status nach Ellenbogenfraktur links und Arthrose linker Ellenbogen Aus dem Operationsbericht der C.\_\_\_\_ gehe hervor, dass das rechte Kniegelenk während der Operation vom 19. September 2012 vollständig habe gebogen und gestreckt werden können. Der Kläger mache eine Bewegungseinschränkung und Schmerzen im rechten Kniegelenk geltend. In der hiesigen Untersuchung habe eine federnde Einschränkung in der Streckung am rechten Kniegelenk festgestellt werden können. Zurzeit führe der Kläger eine Physiotherapie - insbesondere in einer Kältekammer - durch, wobei er eine deutliche Besserung der Beschwerden verspüre (S. 8). Es sei davon auszugehen, dass dem Kläger die Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit als Rüter und Chauffeur nach Abschluss der Therapie in der Kältekammer und mithin ab 3. Januar 2013 im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % zuzumuten sein werde. Es könne mit einer namhaften Besserung der Gesundheitsschädigung gerechnet werden. Nach Einsetzung einer AMIC- Membran sei zunächst nach einem Jahr, dann nach zwei Jahren nach der Operation mit einer deutlichen Besserung der Beschwerden zu rechnen. Zurzeit bestehe keine Notwendigkeit einer erneuten Operation (S. 9). Anlässlich der Untersuchung vom 29. November 2012 sei das rechte Knie des Klägers, abgesehen davon, dass eine vollständige Streckung nicht möglich gewesen sei, relativ reizlos gewesen. Insbesondere hätten keine Überwärmung und keine Schwellung bestanden und es seien vom Kläger lediglich subjektive Schmerzen angegeben worden (S. 8). Die Ausübung behinderungsangepasster, überwiegend sitzender Tätigkeiten, ohne das Besteigen von Leitern und Treppen, ohne Knien und Kauern und ohne Gehen auf unebenem Gelände sei dem Kläger vollumfänglich ohne Einschränkung der Leistungsfähigkeit zuzumuten. Im Übrigen habe die bestehende Einschränkung der Beweglichkeit am linken Ellenbogen den Kläger in seiner bisherigen Tätigkeit als Rüter und Chauffeur nicht wesentlich behindert (S. 9).

#### **E. 5.7**

Die Ärzte der C.\_\_\_\_ erwähnten in ihrem Bericht vom 6. Februar 2013 (Urk. 7/45) eine leichte Besserung der Beweglichkeit. Daneben bestünden jedoch persistierende Schmerzen im Bereich des Innenknies, vor allem bei Belastung in Kniestreckung. Entsprechend sei der Kläger beim Stehen, Gehen und Hinuntersteigen von Treppen schmerzbedingt beeinträchtigt. Als Lagerist bestehe weiterhin eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % (S. 1). Da sich keine eindeutigen Ursachen für die in Kniestreckung angegebenen Knieschmerzen rechts eruieren liessen, sei eine MRI-Untersuchung angezeigt (S. 2).

#### **E. 5.8**

Dr. Z.\_\_\_\_ (vorstehend E. 5.2) nahm in seiner Stellungnahme vom 3. März 2013 (Urk. 7/22) zum Gutachten der Ärzte des D.\_\_\_\_ vom 28. Januar 2013 Stellung und erwähnte, dass dieses teilweise etwas ungenau und fehlerhaft sei. Der Kläger verspüre bei einer Belastung und bei Streckbewegung des rechten Knies Schmerzen und könne dieses nicht vollständig strecken. Aus diesem Grund sei er beim Gehen behindert (S. 1). Die Ellenbogenarthrose könne nicht als Diagnose ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit aufgeführt werden. Dr. Z.\_\_\_\_ führte schliesslich aus, er teile die Einschätzung der Kollegen einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Gutachter zum Schluss komme, der Kläger sei zu 50 % arbeitsfähig. Es stimme nicht, dass die damals durchgeführte Behandlung in der Kältekammer genutzt habe. Bisher sei keine

Besserung eingetreten, sondern es habe sich im Gegenteil die AMIC-Membran abgehoben. Das weitere Vorgehen und die Prognose seien völlig unklar (S. 2). Weiter sei das vom Gutachter beschriebene Belastungsprofil nicht korrekt. Es sei nicht korrekt und nicht nachvollziehbar, weshalb eine schwere Ellenbogenarthrose die Arbeit mit den oberen Extremitäten nicht einschränke (S. 3).

#### **E. 5.9**

Dr. med. G.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, Regionaler Ärztlicher Dienst der Invalidenversicherung (RAD), gab mit Stellungnahme vom 25. Juni 2013 (Urk. 13/59/5-6) an, dass hinsichtlich der Bewertung der Arbeitsunfähigkeit für die bisherige Tätigkeit (Rüster und Chauffeur) auf die Angaben der Ärzte der C.\_\_\_\_ abzustellen sei, wonach ab dem 23. September 2011 bis auf weiteres eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bestehe. Die gutachterliche Annahme einer Arbeitsfähigkeit von 50 % sei hingegen nicht nachvollziehbar, da sie auf der Annahme basiert habe, dass mit einer namhaften Besserung des Gesundheitszustandes nach Einsetzen der AMIC-Membran gerechnet werden könne. Diese Hypothese habe sich jedoch offensichtlich nicht bewahrheitet. Zudem habe die bisherige Arbeit ganz überwiegend im Stehen und Gehen verrichtet werden müssen, was eine nicht unerhebliche Belastung für ein arthrotisch verändertes Kniegelenk darstelle. Bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit sehe dies anders aus. Hier sei mangels anderweitiger Angaben der behandelnden Ärzte die im Gutachten genannte Arbeitsfähigkeit von 100 % ab dem 29. November 2012 insoweit plausibel, als dass von einer körperlich leichten, überwiegend (80 %) sitzenden Arbeit ohne Knien und Kauern, ohne Gehen auf unebenem Gelände, ohne Besteigen von Leitern und Treppen ausgegangen werde (S. 2).

#### **E. 5.10**

Mit Stellungnahme vom 31. Juli 2013 (Urk. 13/80/69-71) nahm der Gutachter Dr. E.\_\_\_\_ (vorstehend E. 5.6) zum Schreiben von Dr. Z.\_\_\_\_ vom 3. März 2013 Stellung und erwähnte, dass dieser zu Unrecht davon ausgegangen sei, der Kläger sei bisher als Lagerist und nicht als Rüster und Chauffeur tätig gewesen. Sodann sei auf Grund der Berichte der behandelnden Ärzte der C.\_\_\_\_ davon auszugehen, dass es nach der Operation vom 19. September 2012 im Bereich des rechten Knies des Klägers zu einer Besserung gekommen sei, weshalb er daran festhalte, dass dem Kläger die bisherige Tätigkeit als Rüster und Chauffeur im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % zuzumuten gewesen sei (S. 2). Da der Kläger bis zum Auftreten der Beschwerden am rechten Kniegelenk die bisherige Tätigkeit als Rüster und Chauffeur im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums habe ausüben können, sei sodann davon auszugehen, dass er dabei durch die bestehende Arthrose im linken Ellenbogengelenk nicht beeinträchtigt gewesen sei (S. 3).

#### **E. 5.11**

Dr. Z.\_\_\_\_ äusserte sich mit Schreiben vom 9. September 2013 (Urk. 13/80/72-73) zur Stellungnahme von Dr. E.\_\_\_\_ vom 3. März 2013 und führte darin aus, das Hauptproblem bestehe nicht nur in der verminderten Streckung und den damit verbundenen Schmerzen, sondern in chronischen belastungsabhängigen Schmerzen. Diese würden bereits nach wenigen Schritten auftreten. Der Kläger habe diese Angaben konstant in allen Konsultationen gemacht. Wenn eine in Narkose zu erzielende volle Beweglichkeit eines Gelenkes Hinweis für eine gute Prognose sei, heisse dies nicht, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Untersuchung deshalb „arbeitsfähiger“ gewesen sei (S. 1). Eine

belastungsabhängige Knieproblematik schränke die Arbeitsfähigkeit als Rüter und Chauffeur ebenso ein wie als Lagerist (S. 2). In Bezug auf die Ellenbogenarthrose führte Dr. Z.\_\_\_\_ aus, der Kläger habe diese zwar nicht als leistungseinschränkend erwähnt, dies bedeute aber im Umkehrschluss nicht, dass sich eine so schwere Ellenbogenarthrose nicht hindernd auswirke (S. 1). In den letzten Monaten sei es zu einer langsamen Besserung gekommen. Deshalb habe er den Kläger im August 2013 wieder zu 50 % arbeitsfähig geschrieben. Die Besserung sei aber erst sieben bis acht Monate später eingetroffen als von Dr. E.\_\_\_\_ angenommen (S. 2).

#### **E. 5.12**

Mit Bericht vom 8. Oktober 2013 (Urk. 13/72) führten die Ärzte der C.\_\_\_\_ aus, dass eine am 27. Juni 2013 durchgeführte therapeutisch/diagnostische Kniegelenksinfiltration keine wesentliche Verbesserung der Beschwerden gebracht habe. Der Kläger leide nach wie vor unter Schmerzen, vor allem beim Stehen und Gehen (S. 1), weshalb ihn sein Hausarzt aktuell zu 50 % arbeitsunfähig geschrieben habe. Diese Einschätzung teilten sie, insbesondere in Bezug auf die vom Kläger zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Chauffeur und Lagerist mit kniegelenksbelastenden Tätigkeiten. In einer angepassten Tätigkeit könnte der Kläger allenfalls wieder eine Arbeitsfähigkeit im Umfang eines Arbeitspensums von 100 % ausüben. Die Ausübung kniegelenksbelastender Tätigkeiten sei dem Kläger indes nicht zuzumuten (S. 2).

#### **E. 5.13**

Am 11. November 2013 (Urk. 7/45) nahm Dr. E.\_\_\_\_ erneut Stellung zum Schreiben von Dr. Z.\_\_\_\_ vom

#### **E. 9**

September 2013 und führte dabei aus, dass das rechte Kniegelenk in der klinischen Untersuchung weitgehend reizlos gewesen sei, dass ein Streckdefizit von 15° bestanden habe, und dass das Gelenk weder überwärmt noch geschwollen gewesen sei. Es habe sodann keine Verminderung der Oberschenkelmuskulatur festgestellt werden können (S. 1). In seinem Gutachten habe er dem Kläger eine Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit im Umfang von 50 % ab 3. Januar 2013 attestiert, da die Behandlung in der Kältekammer zu diesem Zeitpunkt hätte abgeschlossen werden sollen. Des Weiteren habe er eine erneute Untersuchung nach zirka sechs Monaten empfohlen (S. 2). 6. 6.1 Privatgutachten gelten als Bestandteil der Parteivorbringen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.5, BGE 132 III 83 E. 3.4; vgl. auch BGE 127 I 73 E. 3f/bb). Der Umstand allein, dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht wird, rechtfertigt nach der Rechtsprechung indes nicht, am Beweiswert dieses Parteigutachtens zu zweifeln (BGE 125 V 351 E. 3 b/dd). Beweiswert kann insbesondere auch einem nachträglich eingeholten Gutachten zukommen, sofern ein lückenloser Befund vorliegt und es im Wesentlichen nur um die ärztliche Beurteilung eines an sich feststehenden medizinischen Sachverhaltes geht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.6). 6.2 Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begründet sind (BGE 125 V 351

E. 3a, 122 V 157 E. 1c). 6.3 Zu beachten gilt es vorliegend, dass das hiesige Gericht mit dem die Invalidenversicherung betreffenden Urteil vom 3. Juni 2015 in Sachen des Klägers (Prozess Nr. IV.2014.00250) zur Frage nach der Arbeitsunfähigkeit des Klägers in E. 4.6 das Folgende erwog: „ (...) Die Prüfung der erwerblichen Auswirkungen der Einschränkungen und demzufolge schlussendlich die Bemessung des Invaliditätsgrades (...) kann daher vorliegend einzig gestützt auf die im Gutachten plausibel begründete 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit seit dem 29. November 2012 erfolgen, da der Beschwerdeführer dadurch in der Lage ist, ein höheres Einkommen zu generieren als durch eine 50%ige Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit. Dies ist ihm im Rahmen der Schadenminderungspflicht zumutbar. Eine abschliessende Beurteilung, ab wann nun genau die 50%ige Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit ausgewiesen ist, ist somit entbehrlich. (...)“ 7. 7.1 Den medizinischen Akten lässt sich entnehmen, dass der Kläger an einer Meniskusläsion und an einem Knorpeldefekt am rechten Knie litt (vorstehend E. 5.2), weshalb er am 23. September im Bereich seines rechten Kniegelenks mittels arthroskopischer Meniskusnaht, Arthrotomie mit Mikrofrakturierung und AMIC behandelt wurde. In der Folge persistierten die Schmerzen und es wurde ein Verdacht auf eine Delamination der AMIC-Membran geäussert sowie ein ungenügendes Knorpelregenerat festgestellt (vorstehend E. 5.3), worauf der Kläger am 19. September 2012 erneut am linken Kniegelenk operiert (Teilmeniskektomie und Débridement der AMIC-Membran) wurde (vorstehend E. 5.3). 7.2 Die Ärzte des D.\_\_\_\_ berichteten in ihrem Gutachten vom 28. Januar 2013 (vorstehend E. 5.6), dass das rechte Knie des Klägers abgesehen von einer Einschränkung bei der Streckung relativ reizlos gewesen sei und insbesondere weder eine Überwärmung noch eine Schwellung aufgewiesen habe, weshalb es sich bei den vom Kläger angegebenen Schmerzen im Bereich seines rechten Knies nicht um objektivierbare, sondern um lediglich subjektive Schmerzen gehandelt habe. Dem Kläger sei aus diesem Grunde die Ausübung behinderungsangepasster, überwiegend sitzender Tätigkeiten, ohne das Besteigen von Leitern und Treppen, ohne Knien und Kauern und ohne Gehen auf unebenem Gelände im vollzeitlichen Umfang und ohne Leistungseinbusse zuzumuten. Die Ärzte des D.\_\_\_\_ gingen sodann davon aus, dass dem Kläger die Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit als Rüster und Chauffeur nach Abschluss einer Therapie in der Kältekammer ab 3. Januar 2013 im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % zuzumuten sein werde. Damit übereinstimmend gingen auch die Ärzte der C.\_\_\_\_ in ihrem Bericht vom 6. Februar 2013 (vorstehend E. 5.7) davon aus, dass sich keine eindeutigen Ursachen für die vom Kläger in Kniestreckung angegebenen Schmerzen im Bereich seines rechten Knies eruieren liessen. Während sie in ihrem Bericht vom 6. Februar 2013 dem Kläger noch eine Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit von 100 % attestierten, schlossen sie sich in ihrem Bericht vom 8. Oktober 2013 (vorstehend E. 5.12) der Arbeitsfähigkeitsbeurteilung durch Dr. Z.\_\_\_\_ (vorstehend E. 5.11) an, welcher dem Kläger ab 12. August 2013 eine Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit von 50 % attestierte (Urk. 7/1/6). Demgegenüber vertrat Dr. G.\_\_\_\_ am 25. Juni 2013 (vorstehend E. 5.9) die Ansicht, dass gestützt auf die Beurteilung durch die Ärzte der C.\_\_\_\_ davon auszugehen sei, dass ab dem 23. September 2011 bis auf weiteres eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % in der bisherigen Tätigkeit des Klägers bestanden habe. Gestützt auf die Beurteilung durch die Ärzte des D.\_\_\_\_ sei sodann davon auszugehen, dass in einer behinderungsangepassten, körperlich leichten, überwiegend sitzenden Tätigkeit ohne Knien, Kauern, Gehen auf unebenem Gelände oder Besteigen von Leitern und Treppen ab 29. November 2012 eine Arbeitsfähigkeit von 100 % bestanden habe. 7.3 In Bezug auf das

Gutachten der Ärzte des D.\_\_\_\_ vom 28. Januar 2013 (vorstehend E. 5.6) gilt es zu beachten, dass dieses die nach der Rechtsprechung für eine beweiskräftige medizinische Entscheidungsgrundlage vorausgesetzten formellen und materiellen Kriterien erfüllt. Denn einerseits verfügen die Gutachter des D.\_\_\_\_ als Fachärzte für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates beziehungsweise für Allgemeine Innere Medizin über für die Beurteilung der geklagten Beschwerden des Klägers angezeigte fachmedizinische Spezialisierungen. Andererseits haben sich die Experten eingehend mit den medizinischen Vorakten und insbesondere den Beurteilungen und Stellungnahmen der behandelnden Ärzte sowie mit den Ergebnissen der von ihnen durchgeführten spezialärztlichen Untersuchungen auseinander gesetzt und begründeten ihre Schlussfolgerungen in nachvollziehbare Weise. 7.4 Die Beurteilung durch die Ärzte des D.\_\_\_\_ vermag auch insofern zu überzeugen, als sie auf Grund des Umstandes, dass das rechte Knie des Klägers, welches zwar nicht vollständig habe gestreckt werden können, relativ reizlos gewesen sei und insbesondere keine Überwärmung und Schwellung aufgewiesen hätte, davon ausgingen, dass die vom Kläger angegebenen Schmerzen im Bereich des rechten Knies nicht zu objektivieren seien, und dass dem Kläger infolgedessen die Ausübung behinderungsangepasster, überwiegend sitzender Tätigkeiten, ohne das Besteigen von Leitern und Treppen, ohne Knien und Kauern und ohne Gehen auf unebenem Gelände uneingeschränkt zuzumuten sei. 7.5 Nicht zu überzeugen vermag die Beurteilung durch die Ärzte des D.\_\_\_\_ jedoch insofern, als sie die Ansicht vertraten, dass dem Kläger nach Abschluss der zum Untersuchungszeitpunkt noch nicht abgeschlossenen Therapie in der Kältekammer ab 3. Januar 2013 die bisherige Tätigkeit im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % zuzumuten sein werde. Insoweit handelt es sich bei der Arbeitsfähigkeitsbeurteilung durch die Ärzte des D.\_\_\_\_ nicht um eine echtzeitliche, sondern um eine prospektive Beurteilung, welche in der Annahme einer Verbesserung des Gesundheitszustandes durch die zum Zeitpunkt der Begutachtung noch nicht abgeschlossene Therapie in der Kältekammer gründete. Demgegenüber handelt es sich bei den Beurteilungen

durch Dr. Z.\_\_\_\_ und durch die Ärzte der C.\_\_\_\_ um echtzeitliche und nachvollziehbare Beurteilungen der Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit des Klägers, welchen im Vergleich zu derjenigen durch die Ärzte des D.\_\_\_\_ eine höhere Beweiskraft zukommt, und die vorliegend zu überzeugen vermögen. 7.6 Gestützt auf die nachvollziehbaren Beurteilungen der Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit des Klägers durch Dr. Z.\_\_\_\_ und die Ärzte der C.\_\_\_\_ vom 6. Februar 2013 hat daher als erstellt zu gelten, dass eine Besserung der Beschwerden im Bereich des rechten Kniegelenks des Klägers nicht bereits am 3. Januar 2013, sondern erst am 12. August 2013 eingetreten ist, weshalb eine Arbeitsfähigkeit im Umfang von 50 % in der bisherigen Tätigkeit des Klägers als Rüter und Chauffeur erst ab diesem Zeitpunkt feststeht. Damit übereinstimmend vertrat auch Dr. G.\_\_\_\_ am 25. Juni 2013 (vorstehend E. 5.9) die Ansicht, dass zu diesem Zeitpunkt weiterhin eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit des Klägers bestanden habe. 7.7 In Bezug auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers in seiner bisherigen Tätigkeit als Rüter und Chauffeur kann vorliegend daher auf die nachvollziehbaren Beurteilungen durch Dr. Z.\_\_\_\_, die Ärzte der C.\_\_\_\_ und Dr. G.\_\_\_\_ abgestellt werden, wonach bis 11. August 2013 eine Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit von 100 % und ab dem 12. August 2013 eine solche von 50 % bestanden hat. 8. 8.1 Nach Gesagtem steht daher fest, dass in der bisherigen Tätigkeit des Klägers vom 20. September 2011 bis 11. August 2013 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit und ab 12.

August 2013 eine solche im Umfang von 50 % bestanden hat, und dass dem Kläger die Ausübung einer behinderungsangepassten, körperlich leichten, überwiegend sitzenden Tätigkeit, ohne Knien, ohne Kauern, ohne Gehen auf unebenem Gelände und ohne Besteigen von Leitern und Treppen, ab 29. November 2012 im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums ohne Leistungseinbusse zuzumuten war. 8.2 Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beklagte dem Kläger am 28. Januar 2013 (Urk. 7/19) mitteilte, dass sie davon ausgehe, dass ab dem Zeitpunkt der Untersuchung durch die Ärzte des D.\_\_\_\_ am 29. November 2012 eine vollständige Arbeitsfähigkeit in einer zumutbaren, behinderungsangepassten Tätigkeit bestehe, weshalb sie von ihm einen Berufswechsel erwarte, und dass sie ihm für die Zeit vom 1. bis 28. Februar 2013 ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % ausrichten und die Taggeldleistungen per 1. März 2013 einstellen werde. 8.3 Bei der dem Kläger durch die Beklagte eingeräumten Frist zum Berufswechsel von rund einem Monat handelt es sich indes nicht um eine angemessene Anpassungszeit. Gemäss der erwähnten Rechtsprechung (vorstehend E. 1.6) wird in der Regel eine Frist von drei bis fünf Monaten als angemessen erachtet, wobei die Frist mit der Aufforderung zum Berufswechsel zu laufen beginnt. Vorliegend erscheint eine Frist von drei Monaten (mithin vom 28. Januar bis 30. April 2013) als angemessen, wovon in der Klageantwort vom 26. März 2014 (Urk. 6) auch die Beklagte ausging. Während dieser Zeit bestand daher weiterhin ein Anspruch auf ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. 8.4 Vorliegend ist unbestritten (Urk. 1 S. 9, Urk. 7/19), dass die Beklagte dem Kläger ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 20. September 2011 (vgl. Urk. 7/1/7) bis 31. Januar 2012, abzüglich der vertraglichen Wartefrist von 14 Tagen (Urk. 9/2), und anschliessend vom 1. bis 28. Februar 2013 ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % ausrichtete. Die vertraglich vereinbarte Leistungsdauer des Taggelds von 730 Tagen (Urk. 9/1-2), woran die Wartefrist von 14 Tagen angerechnet wird (Art. 21 AVB; Urk. 9/3), begann daher am 20. September 2011 zu laufen und endete am 18. September 2013. 8.5 Der Kläger erzielte gemäss den Angaben der Y.\_\_\_\_ (Urk. 7/1/7, Urk. 13/30/1-8 Ziff. 2.10) vor dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit einen AHV-beitragspflichtigen Monatslohn von Fr. 4'500.--. Es ist daher von einem versicherten Jahresverdienst bei Krankheitsbeginn am 20. September 2011 von Fr. 58'500.-- (Fr. 4'500.-- x 13 Monate) auszugehen. Unter Berücksichtigung eines versicherten Taggeldes von 80 % des versicherten Verdienstes resultiert für den Zeitraum vom 29. April bis 30. September 2012 ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % von (gerundet) Fr. 128.20 (Fr. 58'500.-- x 0.8 ÷ 365 Tage) beziehungsweise für eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % ein solches von (gerundet) Fr. 64.10. 8.6 Für die Zeit vom 1. Februar bis 30. April 2013 (89 Tage) resultiert bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % ein Taggeldanspruch von (gerundet) Fr. 11'409.80 (Fr. 128.20 x 89 Tage). Abzüglich des Taggeldes von Fr. 1'794.80 (Fr. 64.10 x 28 Tage), welches die Beklagte dem Kläger für die Zeit vom 1. bis 28. Februar 2013 bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % ausrichtete, resultiert ein restlicher Taggeldanspruch des Klägers von Fr. 9'615.-- (Fr. 11'409.80 - Fr. 1'794.80). Im diesem Umfang ist die Klage daher teilweise gutzuheissen.

### **E. 9.1**

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Art. 114 ZPO betrifft indes nur die Gerichtskosten, nicht die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (nicht in BGE 137 III 47 publizierte E. 2.1 des Urteils des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010).

### **E. 9.2**

Beide Parteien beantragen die Zusprechung einer Prozessentschädigung. Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das GOG, enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Titel 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 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (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.

### **E. 9.3**

Unter Berücksichtigung der dargelegten Kriterien sowie dem Obsiegen im Umfang von rund der Hälfte rechtfertigt es sich, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'400.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Der nicht berufsmässig vertretenen Beklagten steht demgegenüber keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 68 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG; BGE 133 III 439 E. 4). Das Gericht beschliesst: Es wird davon Vormerk genommen, dass die Beklagte den Anspruch des Klägers auf ein Krankentaggeld bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % für die Zeit vom 28. Januar bis 30. April 2013 anerkannt hat. Insoweit wird das Verfahren als erledigt abgeschlossen. und erkennt:

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