

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160115\_d\_zh\_o\_01 vom 15. Januar 2016**

FINMA Versicherungsrecht, 2016-01-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20160115\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20160115_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160115\_d\_zh\_o\_01 du 15 janvier 2016

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160115\_d\_zh\_o\_01 del 15 gennaio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Nach Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) unterliegen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (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 Gerichtsstanz 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). Gemäss § 23 Abs. 1 GSVGer stellt das Gericht den Sachverhalt unter Mitwirkung der Parteien von Amtes wegen fest und würdigt die Beweise nach freiem Ermessen.

### **E. 1.2**

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, N 15 zu Art. 87 VVG; Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/2, Basel 1979, S. 729).

### **E. 1.3**

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. 1.4**

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 gemacht 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). 2. Streitig ist, ob die Klägerin aus dem Krankentaggeldvertrag zwischen ihrer Arbeitgeberin und der Beklagten aufgrund einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Krankentaggelder in unterschiedlicher Höhe für den Zeitraum vom 15. Februar 2011 bis 6. März 2013 hat (vgl. Urk. 1 S. 9). Die Beklagte bestreitet dies im Wesentlichen mit der Begründung, bei der Klägerin hätten nie Diagnosen vorgelegen, die eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zur Folge hätten (vgl. Urk. 7 Ziff. 9 S. 8 unten).

#### **E. 2**

Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Zinsen von 5 % p.a. auf die nachzuzahlenden Leistungen seit jeweiligem Fälligkeitsdatum zu bezahlen.

#### **E. 3**

Mit Urteil vom 22. September 2015 hiess das hiesige Gericht die Beschwerde der Versicherten vom 12. Februar 2014 gegen die Verfügung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, vom

10. Januar 2014 betreffend IV-Rente teilweise gut und stellte fest, dass die Versicherte vom 1. November bis zum 31. März 2012 Anspruch auf eine ganze Rente und ab 1. April bis zum 31. Juli 2012 Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und ab 1. August 2012 Anspruch auf eine (unbefristete) Viertelsrente hat (Prozess Nr. IV.14.00172 E. 4.6). Dieses Urteil ist - da beim Bundesgericht angefochten - noch nicht rechtskräftig. Das Gericht zieht in Erwägung:

- 1.

#### **E. 3.1**

Gemäss der sich bei den Akten befindenden Versicherungspolice haben die Y.\_\_\_\_ und die Beklagte einen Vertrag für eine kollektive Krankenzusatzversicherung für das Personal der Y.\_\_\_\_ abgeschlossen und ein Krankentaggeld in der Höhe von 80 % des effektiven Lohnes für eine Leistungsdauer von 730 Tagen bei einer Wartefrist von 30 Tagen vereinbart (Urk. 2/3 = Urk. 8/2 S. 2-3). Als Vertragsgrundlage wird unter anderem auf die Allgemeinen

Versicherungsbedingungen (AVB) für die Kollektiv-Taggeldversicherung, Ausgabe 1. Januar 2004 (Urk. 8/1), verwiesen, welche durch Übernahme Vertragsbestandteil wurden.

### **E. 3.2**

Gemäss Ziff. 1 AVB Satz 1 gewährt die Beklagte Versicherungsschutz unter anderem gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit und, sofern vertraglich vereinbart, was vorliegend nicht der Fall ist (vgl. Urk. 2/3), von Unfällen. Als Krankheit gilt jede vom Willen der versicherten Person unabhängige Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Ziff. 3.1 AVB). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit

bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Ziff. 3.4 AVB). Die versicherte Person, die in ihrem angestammten Beruf voraussichtlich dauernd voll oder teilweise arbeitsunfähig bleibt, ist verpflichtet, ihre allfällig verbleibende Erwerbsfähigkeit zu verwerten, auch wenn dies einen Berufswechsel erfordert. Die Beklagte fordert die versicherte Person zum Berufswechsel auf und macht sie auf die Folgen gemäss Ziff. 14 AVB aufmerksam (Ziff. 13.5).

### **E. 3.3**

Bei Arbeitnehmenden ist der in der Police aufgeführte Prozentsatz des AHV-Lohnes mit seinen Bestandteilen versichert (Ziff. 6.1 Satz 1 AVB). Die Berechnung der Taggeldhöhe erfolgt mittels Umrechnung des versicherten Lohnes auf ein volles Jahr und Teilung der versicherten Jahreslohnsumme durch die Zahl 365 beziehungsweise 366 in Schaltjahren. Das Taggeld wird bei nachgewiesener Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % anteilmässig entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet (Ziff. 12.1 AVB).

### **E. 3.4**

Die Leistungspflicht beginnt nach Ablauf der in der Police vereinbarten Wartefrist. Die Wartefrist beginnt mit dem 1. Tag der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit, frühestens jedoch 3 Tage vor Beginn der ärztlichen Behandlung (Ziff. 15 AVB). Die vereinbarte Wartefrist ist in der Police aufgeführt und wird pro Schadenfall berechnet. Tage mit teilweiser Arbeitsunfähigkeit zählen als ganze Tage (Ziff. 16 AVB). Die Beklagte leistet das Taggeld pro Schadenfall während der in der Police aufgeführten Leistungsdauer, abzüglich der vereinbarten Wartefrist. Tage mit teilweiser Arbeitsunfähigkeit zählen als ganze Tage (Ziff. 17.1 Satz 1). Demgemäss beträgt die Wartefrist für die Klägerin 30 Tage und die Leistungsdauer beträgt 730 Tage, abzüglich der Wartefrist von 30 Tagen (vgl. Urk. 8/2 S. 3).

### **E. 3.5**

Bezüglich der Auslegung des Vertrages gilt, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen (BGE 93 II 326 E. 4b S. 326; 123 III 44 E. 2c/bb; Fuhrer, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 33 Rz 77 ff.). Im Übrigen sind vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (vgl. BGE 133 III 681 E. 3.3). Somit bestimmt sich der Inhalt in erster Linie nach dem

übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, 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 681 E. 3.3; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 5C.271/2004, vom 12. Juli 2005 E. 2). 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 (vgl. 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 Rz 24). Vorliegend stimmen der Krankheitsbegriff in Ziff. 3.1 AVB und der Begriff der Arbeitsunfähigkeit in Ziff. 3.4 Satz 1 AVB im Wesentlichen mit den Definitionen der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 3 und 6 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) überein. Zudem nimmt Ziff. 3.1 AVB mit der Einschränkung auf vom Willen der versicherten Person unabhängige Störungen der Gesundheit offensichtlich Bezug auf die Frage der Überwindbarkeit einer gesundheitlichen Einschränkung und damit auf die in Art. 7 Abs. 2 ATSG zu Grunde liegende Thematik.

#### **E. 4.1**

Im Folgenden ist die für den Taggeldanspruch im streitigen Zeitraum vom 15. Februar 2011 bis 6. März 2013 massgebende medizinische Aktenlage zu prüfen.

#### **E. 4.2**

Laut Einschätzung im handschriftlichen, kaum lesbaren Bericht der Vertrauensärztin der Beklagten, Dr. med. Z.\_\_\_\_, Fachärztin für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, vom 23. Juni 2011 (Urk. 8/15) ist die Arbeitsunfähigkeit nicht ausgewiesen. Eine HWS-Distorsion Grad II heile binnen drei Monaten folgenlos ab.

#### **E. 4.3**

Dr. med. A.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeinmedizin, diagnostizierte im Bericht vom 18. Juli 2011 (Urk. 2/7) einen Status nach HWS-Distorsionstrauma am 28. November 2008 durch Heckauffahrunfall. Daneben bestünden gleichzeitige Kontusionen der Hände, der Knie sowie der Lendenwirbelsäule (LWS) im Sinne einer Distorsion beim gleichen Unfall. Als Nebendiagnose erwähnte er eine behandelte Hypertonie. Die Behandlung sei medikamentös, insbesondere mittels Analgesie, erfolgt. Gleichzeitig habe eine osteopathische Physiotherapie stattgefunden. In seiner Praxis seien die Flashbacks und die posttraumatischen Belastungen mittels hypnotherapeutischen Techniken behandelt worden. Durch diese Sitzungen sei es bis Herbst 2010 zu einer weitgehenden Verbesserung dieser Problematik gekommen, und diese sei auch nicht mehr Thema der gegenwärtigen Teilarbeitsunfähigkeit. Die Arbeitsunfähigkeit habe vom 28. bis 30. November 2008 100 %, vom 1. Dezember 2008 bis 14. Juni 2009 80 % und ab 15. Juni 2009 bis 15. August 2010 70 % betragen. Aktuell bestehe eine 60%ige Arbeitsunfähigkeit als Reinigungsfrau.

#### **E. 4.4**

Der Vertrauensarzt der Beklagten, Dr. med. und Dipl. Psych. B.\_\_\_\_, Facharzt für Gynäkologie, erwog in seiner Aktenbeurteilung vom 14. Oktober 2011 (Urk. 2/21 = Urk. 8/14), bei der Klägerin sei nie ein struktureller Schaden nachgewiesen worden. Eine posttraumatische Belastungsstörung zu destillieren, widerspreche dem ICD-10 völlig. Wenn nach einem Unfall lang dauernde Verletzungsfolgen der HWS geltend gemacht würden, liege nach Verletzungen vom Quebec Typ I und II bei länger dauernden Beschwerden eine somatoforme Störung vor, die angegebenen Schmerzen liessen sich morphologisch nicht nachweisen und zählten diagnostisch zu den banalen Schmerzstörungen. Die – nur in Ausnahmefällen anzunehmende – Unzumutbarkeit einer willentlichen Schmerzüberwindung und eines Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess

setzte jedenfalls das Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder das Vorhandensein anderer qualifizierter, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllter Kriterien voraus. Eine Komorbidität liege nicht vor, weshalb die Foerster- Kriterien nicht erfüllt seien. Eine andauernde Arbeitsunfähigkeit sei zu verneinen.

#### **E. 4.5**

Am 13. Dezember 2011 erlitt die Klägerin erneut einen Verkehrsunfall. Die Ärzte des Spitals C.\_\_\_\_ diagnostizierten im Bericht vom 13. Dezember 2011 (Urk. 2/10) eine HWS-Distorsion Grad I und einen unklaren Rundherd im lateral-konventionellen Röntgen des Thorax und attestierten eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit am 13. Dezember 2011.

#### **E. 4.6.1**

Gemäss dem zu Händen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, erstatteten polydisziplinären (Allgemeine Innere Medizin, Psychiatrie und Psychotherapie, Neurologie und Rheumatologie) Gutachten des D.\_\_\_\_ vom 30. August 2012 (Urk. 2/11 = Urk. 8/37 Beilage) liegen folgende Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit vor (S. 45): zervikal und thorakolumbal betontes Panvertebralsyndrom mit/bei: Streckhaltung zervikal und diskreter rechtskonvexer Skoliose zervikal, leichter Hyperlordose lumbal, diskreter s-förmiger Skoliose thorakolumbal, tieflumbal linkskonvex. Chondrose und leichtgradige bilaterale Uncovertebralarthrosen Halswirbelkörper (HWK) 4/5 und HWK 5/6, leichtgradige beidseitige Spondylarthrosen HWK 5/6 und HWK 6/7, Osteochondrosen der Brustwirbelsäule mit irregulären Deck- und Bodenplatten. Osteochondrose Lendenwirbelkörper (LWK) 3/4 und LWK 4/5 mit minimaler Retrolisthesis von je 2 mm sowie Retrolisthesis LWK 5/Sakralwirbelkörper (SWK) 1 von 1-2 mm, beidseitigen Spondylarthrosen LWK 5/SWK 1 und weniger LWK 4/5 klinisch ausgeprägter Fehlhaltung und insuffizienter muskulärer Rumpfstabilisation Status nach zweimaligen Autoauffahrunfällen (2008 Heck-, 2011 Frontalkollision) mit jeweils HWS-Decelerationstrauma Chondropathia patellae und degenerative Veränderungen des medialen Hinterhorns des rechten Knies Posttraumatische Belastungsstörung (ICD-10 F43.1) Ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit hielten die Ärzte anamnestisch einen Status nach mehreren Frakturen in der Kindheit fest, welche ohne Folgen ausgeheilt seien (S. 45 unten).

#### **E. 4.6.2**

Die psychiatrische Evaluation durch Dr. med. E.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, ergab, dass der Explorandin für den Zeitpunkt ab Dezember 2011 in jeglicher den körperlichen Leiden adaptierten Tätigkeiten eine Einschränkung der

Arbeitsfähigkeit von 20 % attestiert werden könne. Für die Zeit vor Dezember 2011 lasse sich aus rein psychiatrischer Sicht keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit attestieren (S. 46).

#### **E. 4.6.3**

Dr. med. F. \_\_\_\_, Facharzt für Neurologie, hielt dafür, dass der Explorandin aufgrund der Problematik von Seiten des Bewegungsapparates keine körperlich mittelschweren und schweren Arbeiten zumutbar seien. Ebenfalls nicht zumutbar seien Arbeiten über Kopf, im Bücken, mit Schieben und Ziehen von Lasten und schweren Geräten sowie Tätigkeiten mit Gewichtsbelastung über 5 kg, ausnahmsweise 10 kg. Des Weiteren seien keine Arbeiten mit längerer Zwangshaltung der Wirbelsäule insbesondere der Halswirbelsäule zumutbar. In den Tätigkeiten einer Parfümerie-Verkäuferin sowie einer Kosmetikerin bestehe heute aus rein neurologischer Sicht keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Als Raumpflegerin bestünden die im Fachgutachten gemachten und oben ausführlich dargelegten Einschränkungen, das heiße, dass aus neurologischer Sicht zurzeit lediglich körperlich leichte, wechselbelastende Tätigkeiten zumutbar seien. Zumutbar seien ebenfalls Tätigkeiten im administrativen Bereich. Aus neurologischer Sicht sei davon auszugehen, dass die Arbeitsfähigkeit nach dem ersten Unfall am 28. November 2008 eingeschränkt gewesen sei, es sei entsprechend den umfangreichen Überlegungen im Fachgutachten zu einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit gekommen, dies bis Ende 2009. Danach hätte die Arbeitsfähigkeit der heutigen Einschätzung entsprechen dürfen. Auch nach dem letzten Unfall vom 13. Dezember 2011 könne eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit von 80 % bis Ende des Jahres 2011 nachvollzogen werden. Danach sei von einer mehr oder weniger kontinuierlichen Steigerung der Arbeitsfähigkeit bis 50 % ab Ende Februar 2012 und auf die heutige Einschätzung ab Ende April 2012 auszugehen (S. 46 f.).

#### **E. 4.6.4**

Dr. med. G. \_\_\_\_, Fachärztin für Rheumatologie, hielt in ihrem Fachgutachten zur Arbeitsfähigkeit aus rheumatologischer Sicht (Urk. 2/16) fest, dass der Explorandin körperlich schwere Arbeiten bleibend nicht mehr zugemutet werden könnten. Möglich seien leichte bis mittelschwere, wechselbelastende und rückenadaptierte Tätigkeiten, wobei jegliche Arbeiten, welche repetitives Drehen des Oberkörpers, Einnehmen von Zwangshaltungen mit dem Oberkörper und dauerndes Arbeiten mit den Armen in oder über der Horizontalen notwendig machen würden, ausgeschlossen werden müssten. Aufgrund der Knieproblematik seien ihr zudem stark kniebelastende Tätigkeiten, d.h. Arbeiten mit wiederholtem oder dauerndem Knien, wiederholtem oder dauerndem Steigen auf Treppen oder Leitern, Arbeiten in der Höhe sowie Gehen auf unebenem Grund praktisch nicht mehr möglich. Angepasste Tätigkeiten seien der Explorandin aus rheumatologischer Sicht aktuell zu 70 % zumutbar. Das 30%ige Rendement ergebe sich durch den erhöhten Pausenbedarf zur Einnahme von Entlastungsstellungen (S. 75). Die obgenannte Arbeitsfähigkeit in angepassten Tätigkeiten sei theoretisch jeweils sechs bis neun Monate nach den Unfallereignissen zumutbar gewesen, wobei eine retrospektive Beurteilung der Arbeitsfähigkeit rein aufgrund der Akten immer sehr schwierig sei (S. 76). In der aktuellen Tätigkeit als Leiterin eines Reinigungsinstitutes verrichte die Explorandin nicht nur administrative Arbeiten, sondern arbeite auch aktiv als Reinigungsfrau. Es handle sich vorwiegend um Büroreinigungen, zum Teil auch Reinigungen von Privathäusern. Bis zum ersten Unfallereignis habe die Explorandin noch Bauendreinigungen durchführen können. Bei diesen handle es sich in der Regel um körperlich stark belastende Tätigkeiten, es sei

somit nicht verwunderlich, sondern gut nachvollziehbar, dass sie diese nicht mehr ausüben könne. Auch bei Reinigungen von Büros und Privathaushalten komme es je

nach Ausgestaltung zu eher körperlich belastenden Tätigkeiten. Insbesondere sei es immer wieder notwendig, Treppen hinauf und hinunter zu steigen und dabei auch Reinigungsmaterial bzw. Reinigungswerkzeug hinauf und hinunter zu tragen, oder auch auf Leitern zu arbeiten. Diese Arbeiten seien der Explorandin eigentlich nicht mehr zumutbar. Sie selbst berichte, dass sie schwerere Reinigungsarbeiten delegiere, so auch im eigenen Haushalt. Aufgrund der wahrscheinlich doch stärkeren körperlichen Belastung könne ihr die aktuelle Tätigkeit aus rheumatologischer Sicht zu maximal 60 % zugemutet werden. Eine rein administrative Tätigkeit mit jedoch wechselbelastender Beanspruchung (d.h. nicht nur reine Arbeit am PC, sondern auch Besuch von Kunden, Kontrolle der durchgeführten Arbeiten, Erstellen von Offerten u.a.) dürfe als angepasste Tätigkeit angesehen werden und wäre ihr zu 70 % möglich (S. 76).

#### **E. 4.6.5**

Gesamtmedizinisch sei somit festzuhalten, dass der Explorandin lediglich noch leichte bis intermittierend mittelschwere wechselbelastende und rückenadaptierte Tätigkeiten, welche die Einschränkungen aus neurologischer und rheumatologischer Sicht berücksichtigen, zugemutet werden könnten. In der aktuellen Tätigkeit als Leiterin des Reinigungs-Institutes bestehe gesamtmedizinisch eine 60%ige Arbeitsfähigkeit, in einer rein administrativen Tätigkeit bestehe eine 70%ige Arbeitsfähigkeit (S. 48).

#### **E. 4.7**

Zum obigen Gutachten nahm Dr. B.\_\_\_\_ (vgl. oben E. 4.) am 14. Juli 2013 Stellung (Urk. 2/22 = Urk. 8/39) und erwog zusammengefasst, dass laut Gutachten keine eigenständige Krankheit vorliege, sondern die geklagten Beschwerden eindeutig Unfallfolgen seien. Widersprüche im Gutachten seien nicht nachvollziehbar, ebenso wenig die inkonsistenten, widersprüchlichen anamnestischen Angaben der Klägerin, die teilweise mit der Realität nicht in Einklang zu bringen seien.

#### **E. 5.1**

Betreffend Leistungen der Eidgenössischen Invalidenversicherung in Sachen der Klägerin ist das hiesige Gericht zum Schluss gekommen, dass das polydisziplinäre Gutachten der D.\_\_\_\_ vom 30. August 2012 (vgl. oben E. 4.6) sämtliche nach der Rechtsprechung erforderlichen Kriterien für die beweiskräftige ärztliche Entscheidungsgrundlagen erfülle (Urteil IV.2014.00172 vom 22. September 2015 E. 3.1). Daran ist festzuhalten, und es ist mit den Gutachtern der D.\_\_\_\_ davon auszugehen, dass die Arbeitsfähigkeit der Klägerin im Zeitpunkt der Begutachtung (30. August 2012) 60 % in der ursprünglichen Tätigkeit und 70 % in einer angepassten Tätigkeit betrug. Betreffend Arbeitsfähigkeit vor der Begutachtung sind die Experten zum Schluss gekommen, dass die Arbeitsfähigkeit aufgrund der vorhandenen ärztlichen Berichte nach dem ersten Unfall vom 28. November 2008 vollständig eingeschränkt und es bis Ende 2009 zu einer Steigerung derselben gekommen war, die der Arbeitsfähigkeit im Zeitpunkt der Begutachtung entsprach. Für die Experten war aufgrund der ärztlichen Berichte nachvollziehbar, dass nach dem Unfall vom 13. Dezember 2011 eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit von 80 % bis Ende 2011 bestanden hatte, und danach eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit bis 50 % ab Ende Februar 2012 und bis 60 % in der bisherigen beziehungsweise bis 70 % in einer angepassten Tätigkeit ab Ende April 2012 stattgefunden hatte. Somit ist für den hier strittigen Zeitraum

vom 15. Februar 2011 bis 6. März 2013 davon auszugehen, dass vom 15. Februar bis 12. Dezember 2011 eine Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit von 40 %, vom 13. Dezember 2011 bis 28. Februar 2012 von höchstens 80 %, vom 1. März bis 30. April 2012 von 50 % und ab 1. Mai 2012 von 40 % bestanden hatte.

### **E. 5.2**

Das Bundesgericht hat seine Praxis zur Beurteilung des Anspruchs auf eine Invalidenrente wegen somatoformer Schmerzstörungen und vergleichbarer psychosomatischer Leiden in BGE 141 V 281 geändert. Gemäss dieser Entscheidung wurde die bisher geltende Vermutung aufgegeben, wonach solche Leiden in der Regel mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar sind. Stattdessen ist in einem strukturierten Beweisverfahren das tatsächliche Leistungsvermögen betroffener Personen ergebnisoffen und einzelfallgerecht zu bewerten.

### **E. 5.3**

Unabhängig von der geänderten Rechtsprechung verkannten die Beklagte und die von ihr zugezogenen Vertrauensärzte Dr. Z.\_\_\_\_ und Dr. B.\_\_\_\_, dass bei der Klägerin gar kein psychosomatisches Leiden vorliegt. Zwar wurde nach den Unfällen jeweils ein HWS-Distorsionstrauma diagnostiziert, indessen befand Dr. G.\_\_\_\_ (E. 4.6.4), der klinische Untersuchungsbefund korreliere gut mit dem radiologischen Befund. In den aktuellen konventionellen Aufnahmen der Halswirbelsäule fänden sich degenerative Veränderungen im Sinne von Chondrosen, beidseitigen Uncovertebral- und Spondylarthrosen. Durch die Veränderungen sei auch die feststellbare Bewegungseinschränkung im Bereich der Halswirbelsäule erklärbar. Die Fehlhaltungen der Brust- und Lendenwirbelsäule imponierten klinisch etwas weniger als sie sich radiologisch manifestierten. Auf den vorliegenden Thoraxaufnahmen liessen sich Osteochondrosen der gesamten Wirbelsäule mit Unregelmässigkeiten im Bereich der Rand- und Bodenplatten feststellen, was auf einen durchgemachten Morbus Scheuermann, wie er auch anamnestisch von der Versicherten erwähnt worden sei, hindeute. Zudem fänden sich im Bereich der Lendenwirbelsäule degenerative Veränderungen im Sinne von Osteochondrosen, Spondylarthrosen und geringen Instabilitäten. Hier sei der klinische Untersuchungsbefund nicht so eindrücklich, der Rüttelschmerz von verschiedenen Intervertebralgelenken lasse jedoch eine gewisse Reizung dieser Gelenke vermuten (Urk. 2/11 S. 41). Gesamthaft liessen sich somit die Beschwerden der Versicherten weitestgehend durch die erhobenen Befunde erklären (S. 42). Auch wenn die neurologische Untersuchung (E. 4.6.1) zeigte, dass der gesamte neurologische Status keine Ausfälle ergab (Urk. 2/11 S. 21), kann angesichts der rheumatologischen Befunde nicht gesagt werden, es liege den Beschwerden der Klägerin kein somatisches Korrelat zugrunde.

### **E. 6**

Nach Lage der Akten wurde die Klägerin von der Beklagten nie zu einem Berufswechsel aufgefordert, weshalb sich diese nicht darauf berufen kann, es habe gemäss den Gutachtern des D.\_\_\_\_ ab dem Zeitpunkt, in welchem die Klägerin Taggelder beanspruche, in angepasster Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 70 % bestanden (vgl. Urk. 16 Ziff. 7 S. 3 Mitte).

### **E. 7.1**

Aufgrund der medizinischen Akten ist ausgewiesen, dass sich der Gesundheitszustand der Klägerin nach dem zweiten Unfall vom 13. Dezember 2011 verschlechtert hat (vgl. E. 4.6.3). Unbestritten ist auch, dass die Klägerin dem Unfallversicherer den zweiten Unfall

nicht gemeldet und keine Leistungen des Unfallversicherers bezogen hat (vgl. Urk. 12 Ziff. 26 f.).

### **E. 7.2**

Fest steht, dass die Klägerin im Zeitpunkt des zweiten Unfalls an krankhaften degenerativen Veränderungen der Wirbelsäule litt, erlitt sie doch anlässlich des ersten Unfalls keine strukturellen Verletzungen. Darauf berief sich auch die Beklagte unter Hinweis auf die Beurteilung durch Dr. B.\_\_\_\_ (vgl. Urk. 7 Ziff. 9 S. 8). Die degenerativen Veränderungen haben sich durch den Unfall nicht verschlimmert, kann doch dem Bericht des Spitals C.\_\_\_\_ entnommen werden, dass anlässlich der Untersuchung vom 13. Dezember 2011 (E. 4.5) keine strukturellen Läsionen ausgemacht werden konnten. Damit ist davon auszugehen, dass sich der krankhafte Gesundheitszustand, nachdem die vorübergehend attestierte Arbeitsunfähigkeit von 80 % wieder bis auf eine solche von 40 % verringert werden konnte, gleich präsentierte wie vor dem Unfall. Daraus kann geschlossen werden, dass die Unfallfolgen spätestens bei Erreichen der Arbeitsfähigkeit von 60 % vollständig abgeheilt waren. Dies entspricht auch der von Dr. Z.\_\_\_\_ als allgemein anerkannt bezeichneten Tatsache, dass HWS-Distorsionen Grad II in der Regel nach drei Monaten folgenlos abheilen (vgl. E. 4.1). Die Klägerin erlitt beim Unfall vom 13. Dezember 2011 eine HWS-Distorsion lediglich leichten Grades. Damit kann als erwiesen erachtet werden, dass die Klägerin unmittelbar vor dem Unfall und nach dem Abheilen der Unfallfolgen aufgrund der degenerativen krankhaften Veränderungen an der Wirbelsäule zu 40 % in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt war. Offen bleiben kann, ob die krankheitsbedingte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zwischen den beiden Zeitpunkten durch die Unfallfolgen konsumiert worden ist oder nicht. Denn ginge man davon aus, dass der Unfallversicherer, wäre der Unfall gemeldet worden, ein volles Taggeld ausgerichtet hätte, hätte die Klägerin für diesen Zeitraum keinen Anspruch auf ein Krankentaggeld gehabt. Der Anspruch auf ein Krankentaggeld wäre aber nach Einstellung der Leistungen seitens des Unfallversicherers wieder aufgelebt und hätte um die Anzahl Tage, für welche Anspruch auf Unfalltaggelder bestanden hätte, länger andauert (vgl. Ziff. 17.2 der AVB). Allerdings hat die Beklagte während der unfallbedingten zusätzlichen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit lediglich für eine Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 40 % einzustehen.

### **E. 8.1**

Der hier fraglichen Arbeitsunfähigkeit liegt das Ereignis vom 28. November 2008 zugrunde, in dessen Folge der Unfallversicherer die gesetzlichen Leistungen erbrachte. Per 14. Februar 2011 stellte er seine Leistungen ein, da er ab diesem Zeitpunkt das Vorliegen des adäquaten Kausalzusammenhanges als nicht mehr gegeben erachtete (vgl. Urk. 2/8). Dementsprechend ist ab dem 15. Februar 2011 nicht mehr von einer unfallkausalen sondern von einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Damit ist der Schadenfall am 15. Februar 2011 eingetreten und die 30-tägige Wartefrist begann an diesem Tag zu laufen und endete am 16. März 2011. Damit besteht der Taggeldanspruch frühestens ab 17. März 2011 und dauerte längstens bis zum 14. Februar 2013.

### **E. 8.2**

Die Höhe des maximalen Taggelds von Fr. 92.05 wird nicht bestritten. Aufgrund der obigen Ausführungen hat die Klägerin somit Anspruch auf Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 25'774.-- (700 Tage à CHF 92.05 x 40 %).

### **E. 9**

Das Urteil im Prozess Nr. IV.2014.00172 betreffend Leistungen der Invalidenversicherung in Sachen der Klägerin ist noch nicht rechtskräftig, weshalb die Höhe der Invalidenrente noch offen ist. Insoweit die Beklagte ein Recht aus Überentschädigung im Sinne von Ziff. 22 der AVB geltend macht (vgl. Urk. 7 Ziff. 14 S. 11), hat sie einen entsprechenden Verrechnungsantrag direkt bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, zu stellen.

### **E. 10.1**

Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablauf von vier Wochen von dem Zeitpunkt an gerechnet fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Nach der herrschenden Lehre wird mit dieser Regelung allein kein Verfalltag statuiert, der eine Mahnung entbehrlich macht, da es eine Auslegungsfrage ist, wann der Versicherer alle notwendigen Auskünfte und Belege erhalten hat, wogegen Verfalltagsgeschäfte eines genauen Erfüllungsdatums bedürfen (vgl. Nef in: Honsell et al. [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VVG, Basel 2001 [VVG-Kommentar], Art. 41 VVG, S. 703 Rz 20). Die AVB der Beklagten enthalten keine Verzugszinsregelung. Es ist somit auch vertraglich kein Verfalltag vereinbart. Die Beklagte musste demnach entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. Urk. 1 Ziff. 29 S. 10) zur Zahlung der fälligen Krankentaggelder gemahnt werden, damit sie in Verzug geriet und ein Verzugszins geschuldet war.

### **E. 10.2**

Unter Mahnung versteht man jene an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, durch die er in unmissverständlicher Weise die unverzügliche Erbringung der fälligen Leistung beansprucht. Es muss dem Schuldner inhaltlich nicht nur klar zum Ausdruck gebracht werden, dass der Gläubiger die versprochene Leistung endgültig verlangt, sondern auch deren Quantität, Qualität und Erfüllungsort richtig bezeichnen (Wolfgang Wiegand, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage 2011, Art. 102 Rn 5). Die Klägerin forderte die Beklagte zwar mehrfach um Prüfung und Ausrichtung der Taggelder auf (vgl. diverse Schreiben, Urk. 8/19, Urk. 8/21, Urk. 8/23, Urk. 8/28, Urk. 8/30, Urk. 8/35-37). Eine eigentliche Mahnung erfolgte jedoch nicht.

### **E. 10.3**

Die Beklagte lehnte ihre Leistungspflicht erstmals mit Schreiben vom 23. Juni 2011 ab (Urk. 8/16). Es folgte eine Stellungnahme von Dr. B. \_\_\_ vom 14. Oktober (richtig: September) 2011 an die Beklagte (Urk. 2/21 = Urk. 8/24), worauf diese mit Schreiben vom 15. September 2011 an ihrem Entscheid festhielt (Urk. 8/22). Nachdem das polydisziplinäre Gutachten der D. \_\_\_ vom 30. August 2012 (Urk. 8/37 Beilage) vorgelegen und die IV-Stelle mit Vorbescheid vom 1. Juli 2013 die Ausrichtung einer Invalidenrente in Aussicht genommen hatte (Urk. 8/38), verneinte die Beklagte den Taggeldanspruch am 29. Juli 2013 nach Rücksprache mit Dr. B. \_\_\_ (vgl. Urk. 8/39) weiterhin (Urk. 8/40). Demnach lehnte die Beklagte ihre Leistungspflicht am 29. Juli 2013 zu Unrecht definitiv ab und ist somit ab diesem Tag verzugszinspflichtig.

### **E. 11**

Zusammengefasst hat die Klägerin in teilweiser Gutheissung der Klage Anspruch auf Taggelder in der Höhe von insgesamt Fr. 25'774.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 29. Juli 2013.

### **E. 12.1**

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.1 nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

### **E. 12.2**

Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Teil des GOG). Dasselbe gilt für die Verordnung über die Anwaltsgebühren. 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. 1 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. 12.3**

Die Klägerin hat nur im Umfang von knapp drei Vierteln obsiegt. Die der anwaltlich vertretenen Klägerin zustehende Parteientschädigung ist in Anwendung der genannten Kriterien beim praxisgemässen Stundenansatz von Fr. 200.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) für bis Ende 2014 sowie Fr. 220.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) für ab Januar 2015 angefallenen Aufwand um einen Viertel reduziert auf Fr. 1'900.-- (inkl. MWSt und Barauslagen) festzusetzen. Das Gericht erkennt: 1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Taggelder im Betrag von Fr. 25'774.-- zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 29. Juli 2013 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen. 2. Das Verfahren ist kostenlos. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'900.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4. Zustellung gegen Empfangsschein an: Rechtsanwalt David Husmann Helsana Versicherungen AG 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, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, 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 Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Mosimann Tiefenbacher

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