

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160613\_d\_zh\_o\_01 vom 13. Juni 2016**

FINMA Versicherungsrecht, 2016-06-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20160613\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20160613_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160613\_d\_zh\_o\_01 du 13 juin 2016

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160613\_d\_zh\_o\_01 del 13 giugno 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 1975, war vom 1. März 2012 (Urk. 12/4) bis 31. Oktober 2013 (Urk. 12/31-32) bei der Y.\_\_\_\_ AG, Z.\_\_\_\_, als Bauarbeiter tätig und über diese im Rahmen eines kollektiven Krankenzusatzversicherungsvertrages bei der Mutuel Krankenversicherung AG, Martigny (nachfolgend: Mutuel), gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) für ein Taggeld versichert (Urk. 2/2). Am 27. Mai 2013 meldete die Y.\_\_\_\_ AG den Versicherten wegen einer seit dem 14. März 2013 bestehenden Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit bei der Mutuel zum Bezug von Krankentaggeld an (Urk. 12/4). In der Folge richtete die Mutuel vorerst Taggeldleistungen für eine vollständige Arbeitsunfähigkeit aus. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2013 (Urk. 12/32) teilte sie dem Versicherten mit, dass für die Zeit vom 22. August bis 18. September eine Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit als Bauarbeiter nicht ausgewiesen sei, und dass für die Zeit vom 19. September bis 31. Oktober 2013 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit bestehe, wofür ein Taggeldanspruch ausgewiesen sei. Da gemäss der medizinischen Aktenlage in Bezug auf eine behinderungsangepasste, körperlich leichte Tätigkeit ab 21. August 2013 zudem eine vollständige Arbeitsfähigkeit bestehe, werde die Ausrichtung eines Krankentaggeldes per 1. November 2013 eingestellt. In der Folge liess die Mutuel den Versicherten ärztlich begutachten (Gutachten vom 10. April 2014; Urk. 12/50) und hielt am 6. Mai 2014 (Urk. 12/53) und am 25. November 2014 (Urk. 12/60) an einer Einstellung der Taggeldleistungen per 1. November 2013 fest.

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 120 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) kann der Schuldner die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird. Im Prozess wird die Verrechnung dadurch geltend gemacht, dass die Tilgung der eingeklagten Forderung infolge Verrechnung eingewendet wird. Bei der Einwendung der Verrechnung beziehungsweise der Verrechnungseinrede handelt es sich um ein materiellrechtliches Verteidigungsmittel des Beklagten im Prozess, ohne dass dieser den Weg der Widerklage oder der gesonderten Leistungsklage beschreiten muss (Viktor Aepli in: Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1h/1, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Vorbemerkungen zu Art. 120-126 OR, Zürich 1991, N 119 ff.).

### **E. 1.2**

Die Beklagte hat, indem sie mit Klageantwort vom 25. Juni 2015 (Urk. 11) und damit vor Abschluss des Schriftenwechsels (vgl. Art. 229 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO) die Verrechnung mit einer Forderung für in der Zeit vor dem 16. Mai 2013

ausgerichteter Taggeldleistungen im Betrag von Fr. 3'819.75 geltend machte, die Einrede der Verrechnung erhoben.

### **E. 1.3**

Am 27. November 2015 zog die Beklagte ihre am 25. Juni 2015 erhobene Verrechnungseinrede im Betrag von Fr. 3'819.75 zurück (Urk. 21 S. 4), weshalb von einem Rückzug der Verrechnungseinrede im Betrag von Fr. 3'819.75 Vormerk zu nehmen ist.

### **E. 2.1**

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. Kollektive Krankentaggeldversicherungen werden vom Bundesgericht wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 138 III 2 E. 1.1; Urteile des Bundesgerichts 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 2.1; 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 2 und 4A\_47/2012 vom 12. März 2012 E. 2).

### **E. 2.2**

Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG zuständig (Art. 7 ZPO in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer; BGE 138 III 2), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558).

### **E. 2.3**

Ansprüche aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG werden ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO beurteilt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). 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. 2.4**

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. 2.5**

Der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - hat die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruches (Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (BGE 130 III 321 E. 3.1 S. 323; Urteil 4A\_393/2008 vom 17. November 2008 E. 4.1).

### **E. 2.6**

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 Versicherungsanspruches 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). Nach der Rechtsprechung (Urteile des Bundesgerichts 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3 und 4A\_316/2013 vom 21. August 2013 E. 6.2) kann sich, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich beziehungsweise nicht zumutbar ist, auch der Versicherer in Bezug auf Tatsachen, für welche ihm die Beweislast obliegt, auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen.

### **E. 2.7**

Nach Art. 61 Abs. 1 Satz VVG ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Abs. 2 dieser Bestimmung regelt, dass der Versicherer berechtigt ist, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung der Schadenminderungspflichten vermindert hätte, wenn der Anspruchsberechtigte diese Pflichten in nicht zu entschuldigender Weise verletzt hat. Die Obliegenheit zur Minderung des Schadens hat die versicherte Person nicht nur bei einer Schadens-, sondern auch bei einer Summenversicherung (BGE 128 III 34 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts 4A\_529/2012 vom 31. Januar 2013 E. 2.2; vgl. auch BGE 133 III 527 E. 3.2.1). Zur Erfüllung der Schadenminderungspflicht kann ein Berufswechsel notwendig sein (BGE 133 III 527 E. 3.2.1; Urteile des Bundesgerichts 4A\_574/2014 vom 15. Januar 2015 E. 4.1 und 4A\_529/2012 vom 31. Januar 2013 E. 2.3). Nach der Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_111/2010 vom 12. Juli 2010) ist 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. Danach 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 anzusetzen, 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. 3.1**

Gemäss dem sich bei den Akten befindenden Versicherungsvertrag vom 24. Februar 2011 (Urk. 2/2) hat die Beklagte mit der Y.\_\_\_\_ AG einen Vertrag für eine kollektive Krankenzusatzversicherung für ihr gesamtes Personal (Beginn: 1. Januar 2011; Ablauf 31. Dezember 2013) abgeschlossen (S. 1), und ein Krankentaggeld in der Höhe von 80 % des versicherten AHV-beitragspflichtigen Verdienstes (bis zu einem maximalen versicherten Jahreslohn von Fr. 250'000.-- pro Person) für eine Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen vereinbart (S. 3). Als Vertragsgrundlage wurde unter anderem auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen „PC-M“, Ausgabe 1. Januar 2011 (Urk. 2/3; nachfolgend: AVB) verwiesen (S. 6), welche durch Übernahme Vertragsbestandteil wurden.

### **E. 3.2**

In Art. 1 AVB (Urk. 2/3) wird der Inhalt des Vertrags umschrieben. Danach erbringt die Beklagte die wirtschaftlichen Folgen einer Arbeitsunfähigkeit für die Folgen von Krankheit, Unfall und Niederkunft. Das versicherte Ereignis Krankheit wird in Art. 3 Ziff. 1 AVB definiert: „Krankheit ist jede unbeabsichtigte Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die medizinisch feststellbar und nicht auf einen Unfall oder dessen Folgen zurückzuführen ist, und ausserdem eine medizinische Untersuchung, Behandlung oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat“. Die Arbeitsunfähigkeit wird in Art. 3 Ziff. 5 AVB definiert: „Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte teilweise oder vollkommen unfähig ist, seinen Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit in seinem Tätigkeitsbereich auszuüben. Sie muss zudem auf eine Beeinträchtigung seiner körperlichen oder geistigen Gesundheit zurückzuführen sein. Bei einer langfristigen Arbeitsunfähigkeit kann vom Versicherten auch eine Tätigkeit in einem anderen Beruf oder einem anderen Tätigkeitsbereich verlangt werden“.

### **E. 3.3**

Die versicherten Leistungen werden in Art. 12 AVB umschrieben. Das Taggeld wird bei einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % erbracht (Ziff. 1). Die Höhe des Taggeldes wird aufgrund des Lohns, der zum Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit gültig war, berechnet. Die Berechnung basiert auf den Angaben, die der Arbeitgeber auf den vom Versicherer zur Verfügung gestellten Formularen gemacht hat (Ziff. 2). Der Versicherungsnehmer hat eine

vollständige oder teilweise Arbeitsunfähigkeit innert sieben Tagen ab Beginn der Arbeitsunterbrechung zu melden. Er bescheinigt diese durch ein von einem zugelassenen Arzt ausgestelltes Zeugnis. Bei Wartefristen von 30 und mehr Tagen kann der Versicherungsnehmer den Versicherer innert 15 Tagen ab Beginn der Arbeitsunterbrechung informieren. Trifft die Meldung nach Ablauf dieser Frist beim Versicherer ein, so gilt der Eingangstag als erster Tag der Arbeitsunfähigkeit. Der versicherte Taggeldanspruch entsteht frühestens ab dem Eingangstag und nach Abzug der Wartefrist (Ziff. 4).

Findet der erste Arzttermin mehr als drei Tage nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit statt, behält sich der Versicherer das Recht vor, diesen Tag als ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit zu betrachten (Ziff. 5). Ist das erste Arbeitsunfähigkeitszeugnis mehr als drei Tage nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit ausgestellt worden, behält sich der Versicherer das Recht vor, den Tag der Erstellung dieses Zeugnisses als ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit zu betrachten (Ziff. 6). Bei der Taggeldversicherung in Lohnprozenten wird bei einer Entlöhnung nach Monatslohn bei der Bemessung des Taggeldes unter Vorbehalt der Bestimmungen eines allfälligen Gesamtarbeitsvertrags auf ein volles Jahr umgerechnet, indem der Monatslohn mit 12 Monaten (beziehungsweise mit 13 Monaten bei 13. Monatslohn) durch 365 Tage geteilt wird und anschliessend mit dem festgelegten Deckungssatz multipliziert wird (Ziff. 10). Ist dem Versicherten zuzumuten, dass er seine Arbeitsfähigkeit in einem anderen Beruf oder einer angepassten Tätigkeit ausübt, entrichtet der Versicherer das Taggeld vorübergehend während drei bis fünf Monaten, sofern der Versicherte die notwendigen Schritte unternimmt wie Arbeitssuche, Eintragung in die Arbeitslosenversicherung, Einreichen eines IV-Gesuchs und Ähnliches (Ziff. 19).

#### **E. 3.4**

In Art. 28 AVB ist das Zusammentreffen mit Leistungen Dritter geregelt: Gemäss dessen Ziff. 4 erbringt der Versicherer seine Leistungen ergänzend zu den Leistungen, die nicht durch einen Sozialversicherer gedeckt sind, im Umfang der in der Police vorgesehenen Leistungen.

#### **E. 4.1**

Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 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 Parteiwille 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. 4.2**

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. 4.3**

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).

### **E. 4.4**

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 Zustimmenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 135 III 1 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 5.1**

Mangels eines übereinstimmenden wirklichen Willens sind die Klauseln der AVB nach dem Vertrauensprinzip und somit normativ auszulegen. Entscheidend ist daher, wie die Y. AG als andere Vertragspartei die Klauseln verstehen durfte und musste. In Art. 3 Ziff. 1 AVB ist der Begriff der Krankheit als eine unbeabsichtigte Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Gesundheit, die eine medizinische Untersuchung, Behandlung oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, und die nicht Folge eines Unfalls ist, definiert. Diese Definition stimmt grundsätzlich mit der als allgemein gebräuchlich geltenden Definition der Krankheit von Art. 3 ATSG überein.

#### **E. 5.2.1**

Gleiches gilt für die Definition der Arbeitsunfähigkeit in Art. 3 Ziff. 5 der AVB, welche grundsätzlich mit der in Art. 6 ATSG enthaltenen Definition der Arbeitsunfähigkeit übereinstimmt, wonach es sich bei Arbeitsunfähigkeit um eine durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten handelt, und wonach bei langer Dauer auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt wird.

#### **E. 5.2.2**

Nach der Rechtsprechung ist unter relevanter Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 6 ATSG eine Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen im bisherigen Beruf oder

Aufgabenbereich zu verstehen. Das heisst, es muss arbeitsrechtlich in Erscheinung treten, dass der Versicherte an Leistungsvermögen eingebüsst hat, so etwa durch einen Abfall der Leistungen mit entsprechender Feststellung oder gar Ermahnung des Arbeitgebers oder durch gehäufte, aus dem Rahmen fallende gesundheitlich bedingte Arbeitsausfälle (Urteile des Bundesgerichts 9C\_276/2010 vom 2. Juli 2010 E. 3.3, 8C\_380/2009 vom 17. September 2009 E. 2.1 und 9C\_368/2008 vom 11. September 2008 E. 2 je mit Hinweisen). Eine erst nach Jahren rückwirkend festgelegte medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit, ohne dass der seinerzeitige Arbeitgeber die Leistungseinbusse bemerkt hätte, genügt nicht (Urteile des Bundesgerichts 8C\_41/2011 vom 17. Mai 2011 E. 2.2 und B 5/06 vom 4. Februar 2008 E. 3.3).

### **E. 5.2.3**

Da die Taggeldzahlungen aus der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach ihrer Natur das laufende Einkommen der versicherten Person ersetzen soll und daher fortlaufend gefordert und erbracht werden (BGE 139 III 418 E. 4.1), fällt die ärztliche Bescheinigung einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit normalerweise in den Zeitraum, für den Tagelder gefordert werden können (Urteil des Bundesgerichts 4A\_280/2013 vom 20. September 2013 E. 5.3). Nach der Rechtsprechung kann indes auch auf eine rückwirkende Einschätzung einer Arbeitsunfähigkeit abgestellt werden, wenn diese nachvollziehbar begründet wurde und zu überzeugen vermag (Urteil des Bundesgerichts 4A\_280/2013 vom 20. September 2013 E. 3.3).

### **E. 5.3**

Bei den erwähnten Vertragsbestimmungen und 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; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2004 vom 31. August 2004 E. 2.3.1). Die Y.\_\_\_\_ AG musste nach dem klaren Wortlaut der AVB die Begriffe der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit nach dem Vertrauensprinzip daher grundsätzlich im Sinne der in Art. 3 und Art. 6 ATSG enthaltenen Begriffsbestimmungen verstehen.

### **E. 6.1**

Die Y.\_\_\_\_ AG und die Beklagte haben, wie bereits erwähnt (vorstehend E. 3.1), eine Leistungsdauer für das Krankentaggeld von 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen vereinbart. Demzufolge ist die Wartezeit von 30 Tagen an die maximale Leistungsdauer des Krankentaggelds von 730 Tagen anzurechnen.

### **E. 6.2**

Den Akten ist zu entnehmen, dass die Y.\_\_\_\_ AG der Beklagten am 27. Mai 2013 eine seit 14. März 2013 bestehende Arbeitsunfähigkeit des Klägers meldete (Urk. 12/4). Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte, abgesehen von der vertraglichen Wartefrist von 30 Tagen (vorstehend E. 3.1), welche am 14. März 2013 zu laufen begann und am 12. April 2013 endete, der Y.\_\_\_\_ AG beziehungsweise dem Kläger für die Zeit vom 14. März bis 21. August 2013 und vom 19. September bis 31. Oktober 2013 (vgl. Urk. 12/32) ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % ausrichtete. Insgesamt hat die Beklagte daher (unter Einschluss der Wartezeit) dem Kläger für insgesamt 235 Tage Krankentaggeldleistungen ausgerichtet. Der streitige Taggeldanspruch für den Zeitraum vom 1. November 2013 bis 31. August 2014 (304 Tage) kommt daher innerhalb der vertraglichen Taggeldbezugsdauer (730 Tage) zu liegen.

### **E. 6.3**

Im Folgenden ist für den streitigen Zeitraum 1. November 2013 bis 31. August 2014 auf Grund der massgebenden medizinischen Aktenlage die Arbeitsunfähigkeit zu prüfen.

### **E. 6.4**

Dr. med. A.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, diagnostizierte mit Bericht vom 29. Mai 2013 (Urk. 12/8) ein zervikale Diskushernie und erwähnte, dass eine ventrale Diskektomie geplant sei, und dass die Arbeitsfähigkeit durch Dr. B.\_\_\_\_ zu beurteilen sei.

### **E. 6.5**

Dr. med. B.\_\_\_\_, Fachärztin für Neurochirurgie, erwähnte in ihrem Bericht vom 1. Juli 2013 (Urk. 12/15/2), dass die zervikale Diskushernie des Beschwerdeführers am 11. Mai 2013 operiert worden sei und stellte die folgenden Diagnosen (S. 1): Diskushernie C5/6 mit beginnender Rückenmarkkompression und Kompression des Nervs C6 präforaminal links betont Status nach ventraler Mikrodiskektomie C5/6 und interkorporeller Spondylodese mit Einsetzen eines Käfigs (Cage) kontinuierliches EMG-Monitoring Sie erwähnte, dass eine MRI-Untersuchung der Halswirbelsäule (HWS) vom 1. Juli 2013 eine gute Platzierung des intervertebralen Interponats C5/6 mit Knochenmarködem in beiden Wirbelkörpern C5/6 und eine residuelle Foramenstenose C5/6 beidseits ergeben habe. Bei schwerer Belastung sei die Tragung eines Halskragens für einen weiteren Monat angezeigt. Bis 1. August 2013 bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. Anschliessend sei damit zu rechnen, dass der Kläger eine leichte Arbeit im Umfang eines Arbeitspensums von 40 % bis 60 % werde aufnehmen können (S. 2).

### **E. 6.6**

Am 21. August 2013 diagnostizierte Dr. med. C.\_\_\_\_, Fachärztin für Allgemeine Innere Medizin, eine Hals- Diskushernie seit März 2013 bei einem Status nach Operation im Mai 2013 und führte aus, dass gegenwärtig noch leichte Defizite bestünden, und dass eine Arbeitsaufnahme mit körperlich leichten Tätigkeiten ab dem 26. August 2013 zu versuchen sei (Urk. 12/23).

### **E. 6.7**

In ihrem Bericht vom 19. September 2013 (Urk. 12/26/1) erwähnte Dr. B.\_\_\_\_, dass der Beschwerdeführer weiterhin unter starken Schmerzen im Bereich seines linken Armes mit starken Muskelverspannungen leide, dass eine Arbeitsintegration nicht erfolgreich verlaufen sei, und dass eine CT-gesteuerte Infiltration C6 links vorgesehen sei (S. 2).

Gleichen Tags attestierte sie dem Kläger für die Zeit vom 1. August bis 30. Oktober 2013 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 12/26/2). Mit Bericht vom 26. September 2013 (Urk. 12/30) stellte Dr. B.\_\_\_\_ fest, dass beim Kläger gleichentags eine CT-gesteuerte Infiltration durchgeführt worden sei. Falls dadurch keine Verbesserung zu erreichen sei, müsse über eine erneute Mikrodiskektomie im Nachbarsegment C6/7 in Betracht gezogen werden. Das Heben und Tragen von Lasten von einem 15 Kilogramm übersteigenden Gewicht sei kontraindiziert. Es bestehe weiterhin

eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis auf weiteres (S. 2). Mit Zeugnis vom 30. Oktober 2013 (Urk. 12/33/2) attestierte Dr. B.\_\_\_\_ dem Kläger für die Zeit vom 30. Oktober bis 31. Dezember 2013 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Am 15. Januar 2014 (Urk. 12/38) stellte Dr. B.\_\_\_\_ eine starke Verbesserung der Wurzelkompression C6 links fest, jedoch auch eine progressive Verschlechterung der Zervikobrachialgie im Nachbarsegment C6/7,

weshalb eine ventrale Mikrodiskektomie C6/7 indiziert sei.

#### **E. 6.8**

Dr. C.\_\_\_\_ erwähnte in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2014 (Urk. 12/42), dass der Kläger Mitte August 2013 noch unter Restbeschwerden im linken Arm bei Rechtsdominanz gelitten habe, worauf ein Arbeitsversuch mit körperlich leichter Arbeit in die Wege geleitet worden sei. Der Arbeitsversuch habe anschliessend wegen starker Schmerzen im Arm abgebrochen werden müssen. Eine anschliessend durchgeführte MRI-Untersuchung der HWS habe eine symptomatische Diskushernie mit Nervenreizung auf Höhe C7 sowie eine residuelle Foramenstenose auf Höhe C6 ergeben. Diese Kompression sei für die Symptome verantwortlich. Auf Grund des gescheiterten Arbeitsversuchs, bei dem der Kläger laut den Angaben seiner Arbeitgeberin Wischarbeit verrichtet und Schutzwände aufgestellt, laut den Angaben des Klägers jedoch mit dem Schlagbohrer gearbeitet habe, sei eine Arbeitsfähigkeit für leichte Arbeiten gegenwärtig zu verneinen.

#### **E. 6.9**

Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, stellte in seinem Gutachten vom 10. April 2014 (Urk. 12/50) die folgenden Diagnosen (S. 3): akutes Zervikalsyndrom nach Hebe-trauma vom 12. Februar 2013 mit Verdacht auf zervikoradikuläres Syndrom C/5/6 links bei Diskusprotrusion/-hernie bei Status nach ventraler Diskektomie C5/6 mit Cage-Spondylodese am 11. Mai 2013 Beschwerdepersistenz bei Verdacht auf sekundäre somatoforme Schmerzstörung. Der Gutachter erwähnte, dass eine am 26. September 2013 durchgeführte periradikuläre Infiltration im Bereich der Wurzel C/6 links gemäss den Angaben des Beschwerdeführers nur ein bis zwei Tage Linderung gebracht habe. Seither hätten sich die Beschwerden gemäss den Angaben des Klägers nicht verändert. Ein erneutes MRI vom 4. März 2015 habe regelrechte Verhältnisse, insbesondere einen regulären Befund an der Spondylodese C5/6 und eine klinisch kaum relevante Forameneinengung C5/6 ergeben. Eine Forameneinengung C6/7 habe nicht nachgewiesen werden können. Insgesamt hätten sich keine Hinweise auf eine C6- oder C7-Kompression links ergeben. Da die den Kläger behandelnde Ärztin (Dr. B.\_\_\_\_) jedoch eine C7-Kompression vermutet habe, sei eine Zweitmeinung bei Dr. E.\_\_\_\_ eingeholt worden, welcher den Kläger am 25. März 2014 untersucht habe und festgestellt habe, dass radiologisch eine residuelle C5/6-Stenose möglich sei, dass eine solche die geklagten Beschwerden jedoch nicht erklären könne, weshalb eine erneute Operation nicht zu empfehlen sei (S. 2). Der Gutachter führte aus, dass nach rein somatischen Kriterien eine weitgehende Restitution eigentlich erreicht sein müsste (S. 3), und dass eine objektiv messbare Einschränkung der Leistungsfähigkeit, welche eine Arbeitsunfähigkeit erklären könnte, beim Kläger nicht ausgewiesen sei. Nach objektiven Kriterien bestehe daher keine Arbeitsunfähigkeit. Bei den geklagten Beeinträchtigungen handle es sich vielmehr um ein subjektives Unvermögen zu arbeiten (S. 4). Der Gutachter stellte fest, dass dem Kläger die Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit als Bauarbeiter ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % (S. 4 lit. B Ziff. 2 und 3), die Ausübung wechselbelastender Tätigkeiten, welche keine spezifische Belastung des linken Armes erforderten, im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % bis 100 % (lit. C Ziff. 1 und 3), und die Ausübung einer behinderungsangepassten Tätigkeit, ohne Belastung des linken Armes, ohne Heben von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm, ohne Überkopparbeiten und ohne Arbeiten mit repetitiven Erschütterungen (zum Beispiel Tätigkeiten als Kurier und im Wachdienst) ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 100 % (S. 4 lit. B Ziff. 2) zuzumuten sei.

### **E. 6.10**

Am 29. September 2015 (Urk. 22/65) nahm Dr. D.\_\_\_\_ zu seinem Gutachten vom 10. April 2014 ergänzend Stellung und führte aus, dass seine prospektiven Angaben zur Arbeitsfähigkeit im Gutachten auch retrospektiv für die Zeit ab 1. September 2013 gelten würden. Denn der Gesundheitszustand des Klägers habe sich in der Zeit vom 1. September 2013 bis zum Begutachtungszeitpunkt (vom 7. April 2014) nicht wesentlich verändert. Nach objektiven Kriterien müsse von einer Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit des Klägers von 100 % und nach subjektiven Kriterien von einer solchen von höchstens 50 % ausgegangen werden. Ab dem 1. September 2013 sei von einer Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit von über 75 % auszugehen (S. 1).

### **E. 7.1**

Den erwähnten medizinischen Akten ist zu entnehmen, dass der Kläger unter einer zervikalen Diskushernie litt, welche am 11. Mai 2013 mit ventraler Mikrodiskektomie C5/6 und interkorporeller Spondylodese behandelt wurde (vorstehend E. 6.5). Während Dr. B.\_\_\_\_ in ihrem Bericht vom 1. Juli 2013 (vorstehend E. 6.5) davon ausging, dass der Kläger ab 1. August 2013 eine leichte Arbeit im Umfang eines Arbeitspensums von 40 % bis 60 % werde aufnehmen können, erwähnte sie mit Bericht vom 19. September 2013 (vorstehend E. 6.7), dass eine Arbeitsintegration gescheitert sei, und stellte in ihrem Bericht vom 26. September 2013 (vorstehend E. 6.7) eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis auf weiteres fest. Damit übereinstimmend erwähnte Dr. C.\_\_\_\_ in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2014 (vorstehend E. 6.8), dass ein Arbeitsversuch Mitte August 2013 wegen starker Schmerzen im Arm habe abgebrochen werden müssen, und stellte eine vollständigen Arbeitsunfähigkeit für leichte Arbeiten fest.

### **E. 7.2**

Demgegenüber stellte Dr. D.\_\_\_\_ in seinem Gutachten vom 10. April 2014 (vorstehend E. 6.9) neben der Diagnosen eines akuten Zervikalsyndroms mit Verdacht auf ein zervikoradikuläres Syndrom C/5/6 links bei Diskusprotrusion/-hernie bei Status nach ventraler Diskektomie C5/6 am 11. Mai 2013 die Verdachtsdiagnose einer sekundären somatoformen Schmerzstörung und stellte fest, dass eine objektiv messbare Einschränkung, welche eine Arbeitsunfähigkeit erklären würde, nicht ausgewiesen sei. Er ging davon aus, dass dem Kläger die Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit als Bauarbeiter ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 50 %, die Ausübung wechselbelastender Tätigkeiten, ohne besondere Belastung des linken Armes, ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % bis 100 %, und die Ausübung einer behinderungsangepassten, wechselbelastenden Tätigkeit, ohne Belastung des linken Armes, ohne Heben von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm, ohne Überkopfarbeiten und ohne Arbeiten mit repetitiven Erschütterungen ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 100 % zuzumuten seien.

### **E. 7.3**

In seiner Stellungnahme vom 29. September 2015 (vorstehend E. 6.10) präzisierte Dr. D.\_\_\_\_, dass sich der Gesundheitszustand des Klägers in der Zeit vom 1. September 2013 bis zum Begutachtungszeitpunkt vom 7. April 2014 nicht wesentlich verändert habe, weshalb in diesem Zeitraum von einer unveränderten Arbeitsfähigkeit auszugehen sei. Da Dr. D.\_\_\_\_ festhielt, dass der prospektiven Arbeitsfähigkeitsbeurteilung in seinem Gutachten vom 10. April 2014 auch retrospektiv ab 1. September 2013 Geltung zukomme, ging er

davon aus, dass dem Kläger die Ausübung einer behinderungsangepasster, wechselbelastender Tätigkeit, ohne Belastung des linken Armes, ohne Heben von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm, ohne Überkopfarbeiten und ohne Arbeiten mit repetitiven Erschütterungen ab 1. September 2013 im Umfang eines Arbeitspensums von 100 % zuzumuten sei.

### **E. 8.1**

Gemäss Art. 157 ZPO bildet sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. Das Gericht legt demzufolge die Kraft eines Beweismittels nach seiner Überzeugung fest und befindet frei von Beweisregeln, nach seiner eigenen Überzeugung darüber, ob es eine behauptete Tatsache als wahr oder unwahr einstuft (BGE 137 III 266 E. 3.2; Franz Hasenböhler, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zu ZPO, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 157 ZPO N 8).

### **E. 8.2**

Nach Art. 168 Abs. 1 ZPO sind als Beweismittel das Zeugnis (lit. a), die Urkunde (lit. b), der Augenschein (lit. c), das Gutachten (lit. d), die schriftliche Auskunft (lit. e) sowie die Parteibefragung und die Beweisaussage (lit. f). Diese Aufzählung ist abschliessend; im Zivilprozessrecht besteht insofern ein numerus clausus der Beweismittel (Urteil des Bundesgerichts 5A\_957/2012 vom 28. Mai 2013 E. 2). Nach der Rechtsprechung stellen Privatgutachten keine Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO dar. Bei Letzteren handelt es sich vielmehr einzig um die vom Gericht eingeholten Gutachten (BGE 141 III 433 E. 2.5.2). Des Gleichen handelt es sich bei Privatgutachten nicht um Urkunden im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO (BGE 141 III 433 E. 2.5.3). Privatgutachten stellen im Zivilprozess daher keine Beweismittel dar, sondern gelten lediglich als Parteibehauptungen beziehungsweise als Bestandteil der Parteivorbringen (BGE 141 III 433 E. 2.5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.5; vgl. BGE 132 III 83 E. 3.4). Zu beweisen sind nur Tatsachenbehauptungen, die ausdrücklich bestritten sind. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden (BGE 117 II 113 E. 2); die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (BGE 115 II 1 E. 4). Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6). Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden indes meist besonders substanziiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substanziierten, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substanziiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber

nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden (BGE 141 III 433 E. 2.6).

### **E. 9.1**

Klageweise macht der Kläger eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der Zeit vom 1. November 2013 bis zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens durch Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April 2014 geltend. Zur Begründung dieser Tatsachenbehauptung stützt sich der Kläger ausschliesslich auf das Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April 2014 und nicht auf die Beurteilungen durch die behandelnden Ärzte. Dabei machte er geltend, dass auf Grund des Umstandes, dass ihm Dr. D.\_\_\_\_ in seinem Gutachten die Ausübung einer behinderungsangepassten Tätigkeit erst ab dem Zeitpunkt des Verfassens des Gutachtens vom 10. April 2014 habe zumuten wollen, von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf jegliche Arbeiten während der Zeit vom 1. November 2013 bis 9. April 2013 auszugehen sei (Urk. 1 S. 5).

### **E. 9.2**

Mit Replik vom 31. August 2015 (Urk. 15) hielt der Kläger an seinem klageweise gestellten Rechtsbegehren fest und machte erneut eine vollständige Arbeitsunfähigkeit während der Zeit vom 1. November 2013 bis 10. April 2014 geltend. Dabei stützte er sich erneut ausschliesslich auf das Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April 2014 und führte aus, dass die Parteien lediglich bezüglich des Beginns der durch Dr. D.\_\_\_\_ attestierten Arbeitsfähigkeit nicht einig seien (Urk. 15 S. 6). Auf Grund des Umstandes, dass Dr. D.\_\_\_\_ ab sofort eine Arbeitsfähigkeit von 50 % in der bisherigen Tätigkeit als Bauarbeiter und eine solche von 100 % in Bezug auf eine leidensangepasste Tätigkeit festgestellt habe, sei sodann davon auszugehen, dass

der Arbeitsfähigkeitsbeurteilung von Dr. D.\_\_\_\_ erst ab 10. April 2014 Geltung zukomme, und dass für die Zeit vom 1. November 2013 bis 9. April 2014 von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf jegliche Tätigkeit auszugehen sei (Urk. 15 S. 5).

### **E. 9.3**

In seiner Stellungnahme vom 7. Januar 2016 (Urk 26) stützte sich der Kläger erneut ausschliesslich auf das Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April 2014. Er machte geltend, dass auf dessen ergänzende Stellungnahme vom 29. September 2015 nicht abzustellen sei, weil die Beschwerdegegnerin ihm bei Einholung dieser Stellungnahme in Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht vorgängig die Gelegenheit eingeräumt habe, sich zur Fragestellung zu äussern und Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen die ihr zugrunde liegende Anfragen suggestiv verfasst sei und der in dieser Art einseitig und suggestiv befragte Gutachter als parteilich gelten müsse (Urk. 26 S 5 Ziff. 3).

### **E. 9.4**

Dem Kläger ist nicht zu folgen, wenn er geltend macht, dass die Beklagte ihm vor Einholung der Stellungnahme von Dr. D.\_\_\_\_ vom 29. September 2015 (Urk. 22/65) zu Unrecht keine Gelegenheit eingeräumt habe, sich zur Fragestellung zu äussern und Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen, und damit sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe (Urk. 26 S. 5). Denn nach Gesagtem (vorstehend E. 8.2) handelt es sich beim Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April 2014 (Urk. 12/50) und bei dessen dieses ergänzenden Stellungnahme vom 29. September 2015 (Urk. 22/65) um ein Privatgutachten und dessen Ergänzung, und damit um Parteibehauptungen beziehungsweise um

Bestandteile der Parteivorbringen der Beklagten, nicht um Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO. Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass die Beklagte bei der Einholung des Gutachtens von Dr. D.\_\_\_\_ und der dieses ergänzenden Stellungnahme nicht gemäss den Bestimmungen der ZPO zur Einholung eines Gerichtsgutachtens (Art. 185 ZPO) vorging und dem Kläger vorgängig weder die Gelegenheit sich zur Fragestellung zu äussern noch die Gelegenheit zur Stellung von Änderungs- oder Ergänzungsanträgen gewährte. Im Übrigen wurde den Gehörsrechten des Klägers in Bezug auf die Gutachtensergänzung vom 29. September 2015 insofern entsprochen, als das hiesige Gericht mit Verfügung vom 1. Dezember 2015 (Urk. 24) dem Kläger Gelegenheit zur Stellungnahme dazu einräumte. Davon hat der Kläger mit seiner Eingabe vom 7. Januar 2016 (Urk. 26) Gebrauch gemacht.

#### **E. 9.5**

In inhaltlicher Hinsicht sind das Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April 2014 und dessen Ergänzung vom 29. September 2015 nicht isoliert, sondern gemeinsam zu betrachten. Während Dr. D.\_\_\_\_ in seinem Gutachten vom 10. April 2014 erkannte, dass dem Kläger die Ausübung einer behinderungsangepassten Tätigkeit ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 100 % zuzumuten sei, präziserte er in seiner das Gutachten ergänzenden Stellungnahme vom 29. September 2015, dass der Arbeitsfähigkeitsbeurteilung gemäss seinem Gutachten bereits ab 1. September 2013 Geltung zukomme, weil sich der Gesundheitszustand des Klägers in der Zeit vom 1. September 2013 bis zum Begutachtungszeitpunkt vom 7. April 2014 nicht wesentlich verändert habe. Diese Arbeitsfähigkeitsbeurteilung muss im Gesamtzusammenhang mit dem Gutachten vom 10. April 2014 betrachtet werden. Darin begründete Dr. D.\_\_\_\_ seine Beurteilung einer vollständigen Arbeitsfähigkeit in behinderungsangepassten Tätigkeiten einerseits damit, dass sich die Beschwerden gemäss den Angaben des Klägers seit der am 26. September 2013 durchgeführten Infiltration im Bereich der Wurzel C/6 links nicht verändert hätten. Andererseits legte er dar, dass eine erneute MRI-Untersuchung der HWS vom 4. März 2015 regelrechte Verhältnisse und insbesondere keine Forameneinengung C6/7 und mithin keine Hinweise auf eine C6- oder C7-Kompression links ergeben habe. Des Weiteren habe eine bei Dr. E.\_\_\_\_ eingeholte Zweitmeinung vom 25. März 2014 ergeben, dass radiologisch eine residuelle C5/6-Stenose zwar möglich sei, dass eine solche die geklagten Beschwerden jedoch nicht erklären könnte. Auf Grund dieser Befunde, welche vom Kläger nicht bestritten wurden, zog Dr. D.\_\_\_\_ den Schluss, dass eine objektiv messbare Einschränkung der Leistungsfähigkeit, welche eine Arbeitsunfähigkeit erklären könnte, nicht ausgewiesen sei, dass dem Kläger die Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit als Bauarbeiter im Umfang eines Arbeitspensums von 50 %, und dass ihm die Ausübung einer behinderungsangepassten Tätigkeit im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums zuzumuten seien. Auf Grund des Umstandes, dass ab 26. September 2013 ein stationäres Beschwerdebild bestanden hatte, und dass weder die MRI-Untersuchung vom 4. März 2015 noch die ergänzende Untersuchung durch Dr. E.\_\_\_\_ vom 25. März 2014 Hinweise auf eine radikuläre C6- oder C7- Kompression ergaben, erscheint die Beurteilung durch Dr. D.\_\_\_\_ vom 29. September 2015, dass bereits ab 1. September 2013 eine Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit von 50 % und in zumutbaren, behinderungsangepassten Tätigkeiten von 100 % bestanden hätten, als nachvollziehbar begründet und vermag zu überzeugen, weshalb vorliegend darauf abgestellt werden kann.

#### **E. 9.6**

Vom Kläger wird zu Recht nicht geltend gemacht, dass auf die von der Beurteilung durch Dr. D.\_\_\_\_ abweichenden Arbeitsfähigkeitsbeurteilungen durch die behandelnden Ärztinnen Dr. B.\_\_\_\_ und Dr. C.\_\_\_\_ abzustellen sei. Denn einerseits steht die Beurteilung durch Dr. B.\_\_\_\_, welche am 26. September 2013 (vorstehend E. 6.7) und am 15. Januar 2014 (vorstehend E. 6.7) die Meinung vertrat, dass es zu einer progressiven Verschlechterung der Zervikobrachialgie im Nachbarsegment C6/7 gekommen sei, und dass eine ventrale Mikrodiskektomie C6/7 indiziert sei, in Widerspruch zu der von Dr. D.\_\_\_\_ erwähnten, vom Kläger nicht bestrittenen, MRI-Untersuchung vom 4. März 2015, welche weder eine Forameneinengung C6/7 noch Hinweise auf eine C6- oder C7-Kompression links ergab. Insofern Dr. B.\_\_\_\_ daher von einer behandlungsbedürftigen C6- oder C7-Kompression ausging, gründete ihre Beurteilung auf unrichtigen tatsächlichen Annahmen, weshalb ihre Arbeitsfähigkeitsbeurteilung nicht zu überzeugen vermag. Des Gleichen steht die Beurteilung durch Dr. C.\_\_\_\_ vom 13. Februar 2014 (vorstehend E. 6.8), insofern sie darin ihre Attestierung einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit in behinderungsangepassten Tätigkeiten damit begründete, dass der Kläger an einer symptomatische Diskushernie mit Nervenreizung auf Höhe C7 sowie eine residuelle Foramenstenose auf Höhe C6 leide, in Widerspruch zu der von Dr. D.\_\_\_\_ erwähnten, vom Kläger nicht bestrittenen, MRI-Untersuchung vom 4. März 2015, welche keine Forameneinengung C6/7 und keine Hinweise auf eine C6- oder C7-Kompression links ergab. Mangels nachvollziehbaren Begründungen kann auf die Arbeitsfähigkeitsbeurteilungen durch Dr. B.\_\_\_\_ und Dr. C.\_\_\_\_ vorliegend nicht abgestellt werden.

#### **E. 9.7**

Gestützt auf die nachvollziehbaren Beurteilungen durch Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April 2014 und vom 29. September 2015 steht daher mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit fest, dass dem Kläger im streitigen Zeitraum vom 1. November 2013 bis 31. August 2014 (Urk. 1 S. 2) die Ausübung der bisherigen Tätigkeit als Bauarbeiter im Umfang eines Arbeitspensums von 50 %, und die Ausübung behinderungsangepasster, wechselbelastender Tätigkeiten, ohne Belastung des linken Armes, ohne Heben von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm, ohne Überkopfarbeiten und ohne Arbeiten mit repetitiven Erschütterungen im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums zuzumuten war.

#### **E. 10.1**

Demnach war ein Berufswechsel unter dem Titel der Schadenminderungspflicht grundsätzlich geboten. Zu prüfen bleibt die dem Kläger zugestandene Übergangsfrist.

#### **E. 10.2**

Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beklagte dem Kläger am 23. Oktober 2013 (Urk. 12/32) mitteilte, dass sie davon ausgehe, dass ihm die Ausübung einer behinderungsangepassten, körperlich leichten Tätigkeiten ab 21. August 2013 im Umfang eines vollständigen Arbeitspensums zuzumuten sei, weshalb ein Taggeldanspruch ab 1. November 2013 zu verneinen sei, und ihn aufforderte, eine behinderungsangepasste Tätigkeit zu suchen.

#### **E. 10.3**

Bei der dem Kläger durch die Beklagte eingeräumten Frist zum Berufswechsel von rund einer Woche handelt es sich grundsätzlich nicht um eine angemessene Anpassungszeit. Gemäss der erwähnten Rechtsprechung (vorstehend E. 2.7) 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 gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die Y.\_\_\_\_ AG das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 26. August 2013 per 31. Oktober 2013 auflöste (Urk. 12/31), dass sich der Kläger gemäss seinen Angaben rechtzeitig bei den Organen der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet habe (Urk. 15 S. 7), indes wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit keine Arbeitslosenentschädigung bezogen habe (Urk. 15 S. 8). Es ist mithin davon auszugehen, dass sich der Kläger rechtzeitig per 1. November 2013 bei den Organen der Arbeitslosenversicherung zur Arbeitsvermittlung und zum Leistungsbezug angemeldet hat.

#### **E. 10.4**

Gemäss Art. 10 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) umfasst der Begriff der vollen Arbeitslosigkeit die Tatbestandsmerkmale des Fehlens eines Arbeitsverhältnisses, der Suche nach einer Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigung (Abs. 1 und

Abs. 2) und der Anmeldung beim Arbeitsamt zur Arbeitsvermittlung (Abs. 3). Dagegen setzt der Begriff der Arbeitslosigkeit als solcher das Element der Arbeitsfähigkeit nicht voraus (Urteil des Bundesgerichts C\_140/05 vom 1. Februar 2006 E. 3.2.2). Entsprechend liegt nach der Rechtsprechung ein von der Krankentaggeldversicherung nach Art. 73 Abs. 1 KVG zu entschädigender Verdienstausfall vor, wenn eine Person zwar grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosentaggelder hat, zufolge Krankheit indessen vorübergehend vermittlungsunfähig ist und deshalb keine Arbeitslosentaggelder beziehen kann (BGE 128 V 149 E. 3b mit Hinweisen). Damit übereinstimmend geht auch die Rechtsprechung zu Art. 100 Abs. 2 VVG (Urteil des Bundesgerichts 4A\_556/2010 vom 2. Februar 2011 E. 2.4) davon aus, dass Arbeitslosigkeit anzunehmen ist, wenn die versicherte Person zwar grundsätzlich zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern berechtigt ist, zufolge Krankheit indessen vorübergehend vermittlungsunfähig ist und deshalb keine Arbeitslosentaggelder bezieht.

#### **E. 10.5**

Gemäss der im Bereich der privaten Krankentaggeldversicherung analog geltenden Rechtsprechung zur sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht nach Art. 21 Abs. 4 ATSG (vorstehend E. 2.7) erübrigt sich bei arbeitslosen Personen eine Aufforderung zum Berufswechsel und zur Suche einer neuen Stelle in einem anderem Beruf (Urteile des Bundesgerichts 8C\_889/2014 vom 23. Februar 2015 E. 4.3.2 und 8C\_838/2012 vom 19. April 2013 E. 4.2.1).

#### **E. 11.1**

Nach Gesagtem, steht daher fest, dass der Kläger ab 1. November 2013 im Sinne von Art. 10 AVIG arbeitslos war, weshalb nach der erwähnten Rechtsprechung (vorstehend E. 10.4) eine besondere Aufforderung durch die Beklagte zum Berufswechsel und zum Suchen einer neuen Stelle entbehrlich war. Unter diesen Umständen ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beklagte den Kläger am 23. Oktober 2013 zum Berufswechsel beziehungsweise zum Suchen einer behinderungsangepassten Tätigkeit aufforderte. Demzufolge steht fest, dass es dem Kläger in Nachachtung der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht ab dem 1. November 2013 zuzumuten war, eine behinderungsangepasste Tätigkeit im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums auszuüben. Ein Anspruch auf Krankentaggeld ist folglich ab diesem Zeitpunkt zu verneinen.

### **E. 11.2**

Da der Kläger ein Anspruch auf Krankentaggeldleistungen für den streitigen Zeitraum vom 1. November 2013 bis 31. August 2014 nicht mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beweisen vermag, ist die Klage abzuweisen.

### **E. 12**

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). Der nicht berufsmässig vertretenen Beklagten steht praxisgemäss 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 am 27. November 2015 die Verrechnungseinrede im Betrag von Fr. 3'819.75 zurückgezogen hat,

und erkennt:

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