

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20170825_d_zh_o_01 vom 25. August 2017

FINMA Versicherungsrecht, 2017-08-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20170825_d_zh_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20170825_d_zh_o_01 du 25 août 2017

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20170825_d_zh_o_01 del 25 agosto 2017

Erwägungen

E. 2.1

Zur Begründung ihrer Klage (Urk. 1) brachte die Klägerin vor, sie sei aufgrund eines gastroenterologischen Leidens seit dem 4. Dezember 2013 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen, nachdem sie bereits im Oktober 2013 aufgrund desselben Leidens mehrere Tage ausgefallen sei. Am 9. Januar 2014 habe sie sich infolge einer chronischen Divertikulitis mit Stenose des Sigma einer teilweisen Sigmoidektomie unterzogen, sei jedoch in der Folge vollständig arbeitsunfähig geblieben. Die Beklagte habe zunächst Taggelder auf Basis einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit geleistet, diese jedoch ab dem 20. August 2014 bis zum Datum der Aussteuerung auf 50 % reduziert (S. 3), obwohl vom 4. Dezember 2013 bis zum 15. Februar 2016 Arztzeugnisse vorlägen, welche eine durchgehende 100%ige Arbeitsunfähigkeit belegten (S. 4 unten). Grund dafür seien starke Unterleibsschmerzen und erhebliche Störungen des Verdauungstraktes sowie sehr häufiges Erbrechen und Durchfall. Sie könne wegen den unerträglichen Schmerzen kaum schlafen und aus Angst vor Schwindelanfällen und plötzlichem Erbrechen kaum mehr das Haus verlassen. Mit der Zeit seien auch noch psychische Probleme hinzugetreten. Die Beurteilungen des Hausarztes Dr. A.____ würden durch mehrere Ärzte bestätigt (S. 5). Die Beschwerden seien umfassend und lückenlos dokumentiert. Hingegen könne auf die Beurteilungen der von der Beklagten konsultierten Vertrauensärzte aus näher dargelegten Gründen nicht abgestellt werden (S. 6 ff.). Die Beklagte habe in keiner Weise begründet, weshalb und aus welchen Gründen ab dem 20. August 2014 wieder eine Arbeitsfähigkeit von 50 % bestanden haben solle (S. 8). Zur Vollmachterteilung machte die Klägerin geltend, sie habe diese zunächst nicht unterschrieben, weil sie zunächst alle Berichte habe sehen wollen, die von der Beklagten ohne Vollmacht eingefordert worden seien (Urk. 12 S. 2 unten f.). Sie habe die Vollmacht unterzeichnet (S. 6). Zur Begutachtung durch Dr. B.____ hielt die Klägerin fest, sie sei lediglich 15 Minuten zu spät eingetroffen, da der Ausgang von ihrem Haus blockiert gewesen und sie anschliessend noch im Verkehr stecken geblieben sei. Zudem habe sie pflichtbewusst unterwegs mehrfach die Praxis von Dr. B.____ angerufen, um ihre Verspätung zu melden. Als sie dann angekommen sei, habe sie noch eine Weile warten müssen. Zudem habe es widersprüchliche Angaben zur Adresse der Praxis gegeben. Warum Dr. B.____ die Untersuchung verweigert und nicht ein wenig später durchgeführt habe, sei seltsam (Urk. 12 S. 3). Weiter sei unzutreffend, dass sie dem Termin bei Dr. C.____ unentschuldig ferngeblieben sei (S. 4). Auch sei sie ihrer Schadenminderungspflicht vollumfänglich nachgekommen, sie habe sich mit der Untersuchung durch die Vertrauensärzte einverstanden erklärt und es sei nicht ersichtlich, welche Behandlungen sie abgelehnt habe. Sie habe keine Pflichten nach AVB verletzt (S. 6).

E. 2.2

Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt (Urk. 9), die Klägerin habe ihre Schadenminderungspflicht verletzt, indem sie sich den vorgeschlagenen Therapien nicht habe unterziehen wollen. Dies, weil sie die „offizielle Medizin“, ablehne. Sie habe dadurch nicht nur eine rasche und komplikationslose Genesung verhindert, sondern auch ihre Gesundheit gefährdet (S. 19 f). Auch habe sie ihre Mitwirkungspflicht verletzt, indem sie sich geweigert habe, eine Vollmacht zu unterzeichnen. Sie sei verspätet beim Vertrauensarzt erschienen, so dass die Untersuchung habe abgesagt werden müssen. Am neuen Termin vom 19. August 2014 sei sie gar nicht erschienen, worauf die Taggelder eingestellt worden seien. Dennoch seien ihr für den Zeitraum vom 20. August bis 9. Dezember 2014 Fr. 10'000.-- ausbezahlt worden, obwohl keine Vollmacht vorhanden gewesen sei und sie ihre Mitwirkungspflicht in krasser Weise verletzt habe. Zusätzlich seien ihr im Juni 2015 weitere Fr. 10'000.-- gezahlt worden, und sie habe sich dafür verpflichtet, sich den empfohlenen Untersuchungen zu unterziehen. Dies sei in der Folge nicht geschehen, obwohl ihr weitere Fr. 10'000.-- überwiesen worden seien (S. 22 unten f.). Weiter sei gestützt auf die Beurteilung durch Dr. C.____ aus näher dargelegten Gründen die Einschätzung einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % gerechtfertigt (S. 24). Die vollständige Arbeitsunfähigkeit sei nur durch Dr. A.____ attestiert worden (S. 25 oben). Es treffe nicht zu, dass eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin für den Page 2 of 10 Entscheid: KK.2016.00028 Zeitraum vom 20. August 2014 bis 28. Dezember 2015 lückenlos dokumentiert sei. Die Klägerin habe der Beklagten nur eine vom 1. Dezember 2014 bis 31. März 2015 befristete Vollmacht erteilt, was es ihr verunmöglicht habe, sich ein Bild über ihren Gesundheitszustand im Zeitraum vom 20. August 2014 bis 30. November 2014 zu machen (S. 26; vgl. auch Urk. 16).

E. 2.3

Streitig und zu prüfen ist, ob der Klägerin für den Zeitraum vom 20. August 2014 bis zum 28. Dezember 2015 Taggeldleistungen basierend auf einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit zustehen.

E. 3.1

Der medizinische Sachverhalt präsentiert sich gestützt auf die - vorwiegend in italienischer Sprache verfassten - ärztlichen Stellungnahmen wie folgt:

E. 3.2

Seitens des D.____, Notfallstation, wurde der Klägerin mit Schreiben vom 4. Dezember 2013 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vom 4. bis 8. Dezember 2013 wegen Krankheit attestiert (Urk. 10/2), welche in der Folge mit Schreiben vom 8. Dezember 2013 (Urk. 10/3) bis zum 13. Dezember 2013 und mit Schreiben vom 11. Dezember 2013 (Urk. 10/4) bis zum 20. Dezember 2013 verlängert wurde. Sodann wurde mit Schreiben vom 18. Dezember 2014 (richtig wohl: 2013) eine vollständige Arbeitsunfähigkeit ab 21. bis 27. Dezember 2013 attestiert (Urk. 10/6), ebenso mit Schreiben vom 10. Januar 2014 (Urk. 10/8) vom 9. Januar bis 14. Februar 2014.

E. 3.3

PD Dr. med. E.____, Facharzt für Chirurgie und Viszeralchirurgie, D.____, diagnostizierte mit Bericht vom 12. Dezember 2013 (Urk. 10/42/11) eine langwierige und rezidivierende Divertikulitis des Sigma („Diverticolite complicata e recidivante del sigma“). Im Oktober 2013 habe die Patientin eine Episode einer komplikationsreichen Divertikulitis des

Sigmoideums mit gedeckter Perforation und vermehrter Luft im Verdauungsbereich erlitten. Nach einer anfänglichen Besserung der Symptome habe sie vor einer Woche einen Rückfall erlitten. Ein CT zeige eine Zunahme der Verdauungsluft sowie einen kleinen Abszess persigmoideum. Lokal bestehe ein Peritonismus in der linken Fossa iliaca (Darmbeingrube). Die Patientin verweigere eine Hospitalisierung und sei daher ambulant behandelt worden. Subjektiv berichte sie über noch verhaltene Schmerzen und Durchfall, sich moderat und etwas mühsam zu ernähren und sich noch müde zu fühlen. Der Umgang mit der Patientin sei etwas schwierig, aufgrund der Angst vor einer Hospitalisierung und des Umstands, dass sie die Symptome der Krankheit zu minimalisieren sucht. Auf jeden Fall bestehe ein guter Allgemeinzustand und die heutigen Blutuntersuchungen seien beruhigend. Dr. E.____ fand jedoch Hinweise auf eine mögliche Entzündung und plante eine teilweise Sigmoidektomie.

E. 3.4

Am 27. Januar 2014 (Urk. 10/42/15) berichtete Dr. E.____ über die Hospitalisation der Klägerin vom 9. bis 12. Januar 2014 sowie die am 9. Januar 2014 erfolgte laparoskopische Sigmoidektomie, welche komplikationslos verlaufen sei. Dr. E.____ diagnostizierte eine Divertikulitis des Sigmoideums mit drei Episoden akuter Divertikulitis mit perforierter Decke und entzündlicher Stenose des Sigmoideums. Die Patientin sei vom 9. Januar bis 14. Februar 2014 zu 100 % arbeitsunfähig. Sie könne ihre gewohnten Aktivitäten progressiv aufnehmen, wobei physische Anstrengungen während drei Wochen zu vermeiden seien.

E. 3.5

Dr. E.____ diagnostizierte mit Bericht vom 11. Februar 2014 (Urk. 10/9) eine chronische und multirezidive Divertikulitis des Colons sigmoideum („Diverticolite del sigma cronica e multi recidivante“). Die Arbeitsunfähigkeitsprognose gelte vom 18. Oktober 2013 bis zum 31. Januar 2014 („Prognosi inabilità lavorativa: dal 18.10.2013 al 31.01.2014“). Dr. E.____ hielt fest, dass die Patientin bereits seit einigen Jahren an wiederkehrender sowie akuter Divertikulitis leide. Die letzte Episode habe das Sigmoideum betroffen mit Phlegmone und kleinen Abszessen, was bildgebend nachgewiesen worden sei und üblicherweise eine stationär durchgeführte Antibiotikatherapie erforderlich machen würde. Auf Wunsch der Patientin sei die Antibiotikatherapie ambulant und mit den notwendigen Kontrollen durchgeführt worden. Aufgrund der multiplen, rezidiven und anhaltenden Symptome sei trotz der bei einer jungen Patientin durchgeführten Antibiotikatherapie der Hinweis auf eine teilweise Sigmoidektomie klar gegeben. Am 9. Januar 2014 sei ein operativer Eingriff durchgeführt worden, wobei der Verlauf sehr günstig gewesen sei. Von Seiten der Verdauung habe die Patientin keinerlei Einschränkungen mehr für körperliche oder die Arbeit betreffende Tätigkeiten. Dr. E.____ verlängerte die volle Arbeitsunfähigkeit mit einem bei der Beklagten am 14. Februar 2014 eingegangenen Attest (Urk. 10/12) bis zum 2. März 2014.

E. 3.6

Mit Bericht vom 13. Februar 2014 (Urk. 10/42/16) hielt Dr. E.____ fest, der postoperative Verlauf sei zunächst sehr günstig gewesen. Leider berichte die Patientin, noch starke Schmerzen im unteren Bauchbereich zu haben, vor allem wenn sie Gewichte heben müsse. Der Stuhlgang sei regelmässig, aber meistens habe sie vor dem Stuhlgang starke Schmerzen, die dann bei der Defäkation nachliessen. Sie erzähle auch über die angespannte Situation am Arbeitsplatz und dem grossen Druck seitens ihrer Vorgesetzten. Hinsichtlich

der klinischen Untersuchung hielt Dr. E.____ fest, die Narbe der linken Fossa iliaca sei gut verheilt, ohne jegliches Anzeichen einer Entzündung oder beginnender Hernie. Die Bauchdecke sei weich und im unteren Bereich ein bisschen schmerzempfindlich bei Berührung. Er habe Mühe, diese von der Patientin geäusserten Schmerzen als invalidisierend zu erklären. Einerseits schienen sie mit einer globalen Dysfunktion des Darms zusammenzuhängen, wenn man die Schmerzentlastung nach dem Stuhlgang berücksichtige, zusammenhängend mit Krämpfen und Meteorismus. Auf der anderen Seite berichte die Patientin, sich zwei Tage nicht bewegen zu können, wenn die Schmerzen durch das Tragen von zwei Einkaufstaschen verursacht würden. Die Anamnese der Schmerzen sei oft schwierig zu präzisieren. Die ängstliche Komponente sei offensichtlich. Auf Anfrage der Patientin habe er das Arztzeugnis noch um zwei Wochen verlängert und es sei vereinbart worden, sich in einem Monat wieder zu sehen. Falls keine Besserung eingetreten sei, werde er eine Koloskopie empfehlen, welche die Patientin noch nie gemacht habe, was auch gestatten würde, eine anastomotische Stenose auszuschliessen, die aktuell allerdings wenig wahrscheinlich sei.

E. 3.7

Dr. E.____ diagnostizierte mit Bericht vom 26. März 2014 (Urk. 10/42/17) einen Status nach Sigmoidektomie vom 9. Januar 2014 sowie einen ängstlich-depressiven vor-dekompensierten Zustand („Stato dopo sigmoidectomia laparoscopica con Trocar unico il 09.01.2014 per diverticolite recidivante persistente, Stato ansioso depressivo in pre-scompensione“). Fast drei Monate nach dem operativen Eingriff berichte die Patientin immer noch über Bauchschmerzen. Diese Schmerzen fänden beim Stuhlgang eine gewisse Erleichterung, aber ansonsten gebe es nichts, was ihr Erleichterung verschaffen könnte. Dr. E.____ hielt fest, der psychische Zustand der Patientin, die sehr weinerlich sei, Page 3 of 10 Entscheid: KK.2016.00028

mache ihm Sorgen. Sie sage, dass sie sehr verzweifelt sei, nachdem sie die Arbeit verloren habe. Sie habe auch diverse Probleme persönlicher und administrativer Art (S. 1). Vernünftigerweise könne eine somatische Ursache dieser Bauchschmerzen ausgeschlossen werden. Die histologische Untersuchung zeige eindeutig eine Divertikulitis ohne Anzeichen von anderen entzündlichen Erkrankungen wie Morbus Crohn. Der Umstand, dass der Stuhlgang regelmässig verlaufe, sei ein weiterer Faktor, welcher die Wahrscheinlichkeit einer unterschwellig entzündlichen Krankheit sehr gering mache. Aus diesem Grund und auch wegen der geringen Bereitschaft der Patientin, eine Koloskopie durchführen zu lassen, sei diese Untersuchung nicht notwendig. Die Rolle des ängstlich-depressiven Zustandsbildes sei bezüglich der Bauchbeschwerden sicher grösser, weshalb erfreulich sei, dass die Patientin die psycho-sozialen Dienste in Anspruch nehme (S. 1 unten f.).

E. 3.8

Dr. med. A.____, Facharzt für Innere Medizin, speziell Endokrinologie und Diabetologie, attestierte mit Zeugnis vom 10. April 2014 eine volle Arbeitsunfähigkeit der Klägerin vom 26. März bis 30. April 2014 (Urk. 10/21).

E. 3.9

Dr. med. Z.____, Facharzt für Innere Medizin, untersuchte die Klägerin am 15. April 2014 und erstattete zuhanden der Beklagten am 16. April 2014 einen Bericht (Urk. 10/19). Er diagnostizierte einen Status nach einer Sigmoidektomie am 9. Januar 2014 wegen wiederkehrender Divertikulitis und ein reaktives Depressionssyndrom („Esiti di

sigmoidektomie (09.01.2014) per diverticoliti recidivanti, Sindrome depressiva di natura verosimilmente reattiva“; S. 2). Dr. Z. ___ hielt fest, es habe im Oktober 2012 eine Divertikulitis nachgewiesen werden können, welche ambulant behandelt worden sei, da die Patientin keine stationäre Behandlung gewünscht habe. Seither habe sie immer wieder an Bauchschmerzen gelitten. Im Oktober 2013 habe erneut mittels einer Computertomographie (CT) ein Sigmoideum mit Phlegmone und kleinen Abszessen nachgewiesen werden können. Auch in diesem Fall habe die Patientin ambulant behandelt werden wollen, da sie keine Hospitalisierung gewünscht habe. Nach einer chirurgisch-fachärztlichen Beurteilung durch Dr. E. ___ und häufigen Rückfällen habe man sich für den chirurgischen Eingriff entschieden, welcher am 9. Januar 2014 durchgeführt worden sei. Der postoperative Verlauf sei zunächst komplikationslos gewesen und von Dr. E. ___ als günstig bezeichnet worden. Im Laufe des Monats März sei es zu einem Rückfall mit Bauchschmerzen, Krämpfen, Durchfall und Übelkeit gekommen, in einer zweiten Phase auch zu Stimmungsstörungen. Gegen Ende März sei der Patientin von Dr. E. ___ eine Koloskopie angeboten worden, die Patientin habe diese jedoch aufgeschoben. Ihr Hausarzt Dr. A. ___ habe eine medikamentös-psychoaktive Behandlung vorgeschlagen, jedoch habe es die Patientin zu diesem Zeitpunkt vorgezogen, nicht damit zu beginnen (S. 1). Dr. Z. ___ hielt fest, es sei momentan schwierig, eine präzise Prognose abzugeben, dies aufgrund der kürzlich wieder aufgetretenen Bauchschmerzen und der neu hinzugekommenen Stimmungsstörungen. Um beurteilen zu können, ob es sich um eine eventuelle postchirurgische Komplikation oder einfach um eine Funktionsstörung handle, habe Dr. E. ___ eine Koloskopie empfohlen, welche die Patientin gegenwärtig aufgeschoben habe (S. 2). Bis zum 30. April 2014 hielt Dr. Z. ___ noch eine vollständige Arbeitsunfähigkeit für gerechtfertigt. Danach komme es auf den Verlauf an. Aktuell sei eine depressive Stimmung feststellbar. Weiter bestünden vor allem Schmerzen, wenn man auf die linke Fossa iliaca drücke. Gegenwärtig scheine es, dass die Klägerin den diagnostischen und therapeutischen Vorschlägen ihrer Vertrauensärzte (Dr. A. ___ als Hausarzt und Dr. E. ___ als Spezialarzt) Widerstand entgegenbringe. Dr. Z. ___ empfahl, eine medikamentöse Behandlung zu beginnen, eventuell auch verbunden mit einer Psychotherapie. Weiter sei nun erforderlich, mittels einer Koloskopie und / oder eines Bauch-CT eine neue Diagnose zu stellen (S. 2).

E. 3.10

Dr. A. ___ attestierte in der Folge eine weitere volle Arbeitsunfähigkeit vom 20. April bis 15. Mai 2014 (Urk. 10/23) Dazu hielt Dr. Z. ___ mit E-Mail vom 8. Mai 2014 (Urk. 10/25 oben) fest, der von Dr. A. ___ angegebene Zeitraum sei gerechtfertigt; er habe bereits telefonisch mit Dr. A. ___ über den Fall gesprochen. Am 15. Mai 2014 attestierte Dr. A. ___ eine weitere volle Arbeitsunfähigkeit bis 30. Juni 2014 (Urk. 10/26), ebenso mit Zeugnis vom 18. Juni 2014, worin er volle Arbeitsunfähigkeit bis 31. Juli 2014 attestierte (Urk. 10/34). Ein weiteres Zeugnis vom 24. Juli 2014 attestierte der Klägerin volle Arbeitsunfähigkeit bis 31. August 2014 (Urk. 10/40).

E. 3.11

Mit Bericht vom 25. Juli 2014 (Urk. 10/41) stellte Dr. A. ___ die folgenden Diagnosen, welche die gegenwärtige Arbeitsunfähigkeit rechtfertigten (S. 1 Ziff. 1): - Divertikelkrankheit des Sigma mit mehreren Episoden von Divertikulitis mit einem akuten Perforierungsphänomen der Decke und entzündlichen Stenosen des Sigma, Status nach laparoskopischer Sigmoidektomie (9. Januar 2014) - allergisches Bronchial- und Anstrengungsasthma - ängstlich-depressiver Zustand und Burnout - Thrombophilie

Faktor-V-Leiden-Mutation - Status nach Operation der Nasenscheidewand Die Patientin leide an häufigen und schwankenden symptomatischen Bauchschmerzen. Es bestünde ein ängstlicher Zustand und klare Stimmungsschwankungen (S. 1 Ziff. 2) Es sei nach mehreren Überzeugungsversuchen mit Frau Dr. F. ___ eine Koloskopie vereinbart worden, welche am 29. Juli 2014 stattfinde, um den endoluminalen Status des Darms zu klären (Ausschluss einer organischen Stenose, eines Pseudotumors oder Tumors des Darms, Überprüfung des Entzündungszustands der Schleimhaut). Bezüglich des psychischen Aspektes versuche Dr. A. ___, eine Unterstützung aufzubauen. Die Patientin lehne Psychopharmaka ab und leiste Widerstand dagegen, sich durch einen Psychiater unterstützen zu lassen (S. 1 Ziff. 4). Dr. A. ___ hielt fest, er denke, dass die von der Versicherten in der Vergangenheit gemachten medizinischen Erfahrungen vor allem betreffend die onkologische Erkrankung ihrer Mutter (Brustkrebs als Ursache eines frühen Todes) und ihre Kenntnisse aufgrund beruflichen Wissens (Apothekenassistentin, danach Pharmazie-Vertreterin) ihr Gründe gäben, gegenüber der Schulmedizin misstrauisch zu sein. Es bestehe auch der Eindruck, dass die Patientin Psychiatern und Psychologen misstraue, weshalb sie Widerstand gegen eine psychologische Therapie leiste. Weiter bestehe ein ängstlicher Zustand mit einer besonderen Form einer Ablehnung von möglichen organischen, insbesondere onkologischen, Diagnosen, als Ursachen ihres Unwohlseins. Ihr Misstrauen bestehe auch gegenüber der Krankenkasse und den Versicherungen, insbesondere was die Befreiung von der Geheimhaltung betreffe, dies wahrscheinlich aus Angst, dass ihre gesundheitlichen Probleme mutwillig Drittpersonen mitgeteilt werden könnten. Dies widerspiegeln ihren ängstlichen Status. In den letzten Monaten sei die Versicherte zur Überzeugung gelangt, dass sie bezüglich der Regelung ihrer prekären wirtschaftlich-finanziellen Situation wegen eines rechtlichen Streites die Hilfe einer Drittperson benötige. Dieser Entschluss habe ihr geholfen, einen Teil der psychischen Anspannung abzubauen, der sie daran gehindert habe, Page 4 of 10 Entscheid: KK.2016.00028

sich auf konventionelle Art behandeln zu lassen. Die Zustimmung, sich endlich einer Koloskopie zu unterziehen, sei ein Element, welches ihren positiven Fortschritt bestätige. Es sei nun endlich ein Weg gegeben, den somatischen und den psychischen Aspekt kohärent angehen zu können (S. 2 Ziff. 5).

E. 3.12

Dr. med. G. ___, Facharzt für Innere Medizin sowie für Gastroenterologie, führte mit Bericht vom 23. September 2014 (Urk. 10/54) aus, die Klägerin habe ihn am 15. September 2014 wegen chronifizierten Bauchschmerzen nach operativer Sanierung einer perforierten Divertikelerkrankung aufgesucht. Die Patientin berichte über intermittierende wie auch Dauerschmerzen vorwiegend im Unterbauch. Eine Magendarmspiegelung im Juli dieses Jahres sei anamnestisch unauffällig ausgefallen. Dr. G. ___ hielt fest, über keine Akteneinsicht zu verfügen. Er interpretierte die krampfartigen Beschwerden als Verwachsungsproblematik. Obwohl ihm zur Zeit nicht alle Untersuchungsunterlagen vorlägen, sehe er bei Anhalten der Symptomatik die Notwendigkeit von möglicherweise weiteren Abklärungen wie zum Beispiel einer MR-Enteroklyse oder letztendlich einer laparoskopischen Evaluation mit möglicher Bridenlösung.

E. 3.13

Dr. med. C. ___, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin und für Chirurgie, erstattete am 16. Dezember 2014 einen Bericht zuhanden der Beklagten (Urk. 10/82) und stellte folgende

Diagnosen (S. 3). - Divertikulitis des Colon, Status nach laparoskopischer Sigmoidektomie am 9. Januar 2014 aufgrund rezidivierender Divertikulitis mit kleinen persigmoidalen Abszessen. Verbleibende verbreitete Divertikulose, bestätigt am 29. Juli 2014, ohne Stenosen auf Höhe der Anastomosen. Verbleibende Funktionsstörungen mit Bauchkrämpfen und Reizdarm sowie Störungen funktioneller Art - kleiner rektaler Polyp; die am 29. Juli 2014 durchgeführte Biopsie habe keine organischen Krankheiten nachgewiesen - Hiatushernie mit manchmal auftretenden Episoden von Erbrechen - allergisches Asthma bronchiale - Thrombophilie Faktor-V-Leiden-Mutation - Status nach Operation der Nasenscheidewand Die Patientin berichte über im ganzen Bauchraum bestehende Schmerzen, jedoch vorwiegend in der linken Fossa iliaca, manchmal rechts und manchmal im oberen Bauchbereich. Die Schmerzen würden sich ebenfalls manifestieren, wenn sie sich insbesondere auf die rechte Seite umdrehen würde. Sie habe das Gefühl, als ob eine Masse zerreißen würde. Dann habe sie das Gefühl eines dringenden Stuhlgangbedürfnisses, was in Verbindung mit den vorhin beschriebenen Schmerzen die Nachtruhe erschweren würde. Zu diesen Problemen kämen manchmal Störungen von Übelkeit und Erbrechen (S. 2). Die Untersuchung habe ergeben, dass der Bauch überall schmerze, insbesondere in der linken Fossa iliaca, weniger in der rechten. Das Abtasten des Bauches ergebe keine Aufblähungen, reichlich Luft im Darm, negatives Nachgeben sowohl bei der linken als auch bei der rechten Fossa iliaca. Es bestehe eine Wundnarbe bei der rechten Fossa iliaca, nicht warm, nicht gerötet, ohne Narbengewebe für Hernien, keine Organomegalie, ein normaler Borborygmus und häufiger Stuhldrang (S. 3). Zum weiteren Vorgehen und zur Arbeitsfähigkeit führte Dr. C.____ aus, die Patientin werde regelmässig durch ihren Hausarzt, Dr. A.____, betreut und sei seit dem 14. Dezember 2013 zu 100 % arbeitsunfähig. Aus medizinischer Sicht liege eine verbreitete Divertikulitis des Colon sowie ein rektaler Polyp (teilweise entfernt, ohne Anzeichen von Malignität) sowie durch die Divertikulitis verursachte Störungen mit zeitweiligen Krämpfen und dringendem Stuhlgangsbedürfnis vor. Gelegentlich träten Übelkeits- und Erbrechenepisoden auf. Nachgewiesen sei auch eine Hiatushernie. Nun gehe es darum abzuklären, ob eventuelle Veränderungen auf Bauchhöhe vorliegen würden, welche die Symptome verstärken könnten oder eine teilweise Ursache dafür seien. Diesbezüglich sei die Magnetresonanz-Untersuchung, die von Dr. G.____ empfohlen werde, von grosser Hilfe, um die Abklärung abschliessen zu können, während eine eventuelle Laparoskopie von den auf den Bauch spezialisierten chirurgischen Fachärzten ohne einen klaren Operationshinweis nur schwerlich begrüsst würde (S. 4). Aufgrund des Gesagten bestehe aus Sicht der Bauchproblematik eine Arbeitsfähigkeit von 50 %, dies in Erwartung der Ergebnisse der radioinstrumentellen Untersuchung wie von Dr. G.____ empfohlen, um den aktuellen Bauchstatus zu klären und / oder ausser wenn eine abweichende Beurteilung seitens des psychiatrischen Facharztes bestehe (S. 4).

E. 3.14

Dr. A.____ nannte mit Bericht vom 18. Dezember 2014 (Urk. 10/88) die folgenden Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit: Abdominales Schmerzsyndrom im Rahmen von Divertikulitis mit früherer Perforation sowie Status nach laparoskopischer Sigmoidektomie am 9. Januar 2014, Bronchialasthma, Thrombophilie Faktor-V-Leiden-Mutation. Die Prognose bezüglich der Arbeitsfähigkeit sei ungewiss: Die wiederkehrenden abdominalen Schmerzsymptome, sei es vom kolikartigen oder entzündlichen Typ mit plötzlichen Störungen des Darmkanals, behinderten die Patientin an der Ausführung ihrer beruflichen Tätigkeit, welche Treffen mit anderen Personen beinhalte.

Der Verlauf erscheine günstig, auch unter dem psychologischen Gesichtspunkt mit dem Erreichen eines wesentlich verbesserten Ruhestatus.

E. 3.15

Dr. med. H.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, erstattete am 19. Dezember 2014 (Urk. 10/94) einen Bericht zuhanden der Beklagten und hielt zur klinischen Untersuchung fest, dass die Klägerin pünktlich zum Termin erschienen, im Erscheinungsbild gepflegt sowie in den räumlichen und zeitlichen Koordinaten perfekt orientiert sei und sich kooperativ verhalten habe. Der Inhalt ihrer Gedanken sei stark auf die gastroenterologischen Beschwerden fokussiert, welche ihr bereits seit der Kindheit das Leben schwergemacht hätten. Die Beschreibung der Symptome erscheine jedoch vage und diffus. Während des Gesprächs seien keine nonverbalen Schmerzäusserungen beobachtbar, auch keine schmerzbedingten Körperhaltungen. Die Stimmung scheine nicht besonders depressiver Art zu sein. Es seien keine depressiven Ideen melancholischer Natur vorhanden, keine Schuld- oder Reuegefühle, keine Zeichen einer psychisch-motorischen Verlangsamung. Mimik und Gestik seien unauffällig (...). Die kognitiven Fähigkeiten zeigten keine Veränderungen im Gesprächsverlauf, insbesondere bestünden keine mentalen Ermüdungszeichen oder Konzentrations- und Anspannungsveränderungen (S. 6 f). (..) Dr. H.____ diagnostizierte leichte Symptome einer Angst und depressiven Störung gemischt (ICD-10 F41.2) mit Verdacht auf eine Somatisierungsstörung (ICD-10 F45.0; „Lieve sintomatologia ansiosa-depressiva (F41.2), sospetta sindrome di somatizzazione (F45.0)“). Aus psychiatrischer Sicht bestehe gegenwärtig ein leichter ängstlich-depressiver Zustand (ICD- 10 F41.2), der an und für sich keine teilweise oder gänzliche Arbeitsunfähigkeit rechtfertige. Auch nehme die Versicherte keine Antidepressiva ein (weil sie dagegen sei), sie werde ebenfalls nicht regelmässig psychiatrisch oder psychologisch
Page 5 of 10
Entscheid: KK.2016.00028

betreut. Sie halte diese Therapien für ungeeignet, da sie überzeugt sei, eine organische Krankheit zu haben, welche von den behandelnden Ärzten noch nicht richtig eingeordnet worden sei. (..) Aus psychiatrischer Sicht könne man die Hypothese eines Somatisierungssyndroms (ICD-10 F45.0) stellen. Dieses Syndrom sei von wiederkehrenden, häufigen und wechselnden Störungen charakterisiert und seit vielen Jahren vorhanden. Auch der lange und komplizierte Kontakt mit den medizinischen Diensten sei typisch. Es handle sich um gastroenterologische Symptome, aber auch um Hautempfindungen. Differentialdiagnostisch könne man ein hypochondrisches Syndrom feststellen respektive eine larvierte Depression. Jedoch rechtfertigten all diese Diagnosen gemäss den SIM (Swiss Insurance Medicine) -Richtlinien keine Arbeitsunfähigkeit. Allerdings sei zu empfehlen, den somatischen Aspekt gemäss den Empfehlungen von Dr. C.____ und Dr. G.____ zu vertiefen, bevor man den Beschwerden rein psychische Ursachen zugrunde lege. (...). Die vorliegenden Schlussfolgerungen - vorläufig provisorischer Art - seien detailliert mit dem Hausarzt Dr. A.____ besprochen worden (S. 8 f.).

E. 3.16

Dr. A.____ nahm am 18. August 2015 zuhanden des Rechtsvertreters der Klägerin Stellung (Urk. 10/131/2) und hielt fest, dass die Klägerin im Dezember 2013 und Januar 2014 Bauchbeschwerden gehabt habe, weshalb sie vom 9. bis 12. Januar 2014 hospitalisiert gewesen sei. Der klinische Verlauf sei aufgrund der weiterhin bestehenden Bauchbeschwerden nicht von einer Besserung des Allgemeinzustandes charakterisiert

gewesen. Aktuell sei die Patientin für eine bildgebende Untersuchung angemeldet worden, um die Motilität und eventuelle Veränderungen an den Wänden des Verdauungssystems ersichtlich zu machen, die mit Verwachsungen oder einem entzündlich-infektiösen Status kompatibel wären. Die wiederkehrende schmerzhafte Symptomatik verbunden mit Episoden von akuter Divertikulitis bei gedeckter Perforation sei für die intensiven Schmerzen verantwortlich. Dies rechtfertige eine bis heute bestehende Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 100 % (S. 1).

E. 3.17

Am 9. September 2015 fand eine bildgebende Untersuchung des Bauchraums der Klägerin statt (Urk. 10/136/3). Dazu hielt Dr. A. ___ am 23. Oktober 2015 (Urk. 10/136/2) fest, die Untersuchung habe nichts Schlüssiges ergeben. Die Patientin habe täglich Beschwerden im gesamten Bauchbereich. Die Exazerbation könne mehrere zehn Minuten bis Stunden dauern und habe keine klare Ursache. Die Problematik könnte Folge eines Verwachsungsstatus sein, was abgeklärt werden sollte. Die therapeutische Lösung sei nicht einfach. In diesem Kontext befinde sich die Patientin in einem ängstlich-depressiven Zustand, denn sie müsse ihre funktionelle Machtlosigkeit feststellen. Dies sei direkt verantwortlich für eine seit dem 4. Dezember 2013 ununterbrochen bestehende Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 100 %. Die sozio-ökonomischen Schwierigkeiten erleichterten eine Lösungsfindung ebenfalls nicht. Es sei eine Abklärung in einem spezialisierten Zentrum sinnvoll.

E. 3.18

Dazu führte Dr. H. ___ mit Schreiben vom 10. November 2015 (Urk. 10/140) aus, es lägen keine neuen psychiatrischen Elemente vor, welche die Schlussfolgerungen seines Berichts vom 19. Dezember 2014 ungültig machen würden, weshalb er daran festhalte. Dies auch, da keine signifikante Verschlimmerung der psychischen Gesundheit ersichtlich sei.

E. 3.19

Dr. C. ___ hielt mit E-Mail vom 20. November 2015 (Urk. 10/141) fest, dass die durchgeführte bildgebende Untersuchung keine Anzeichen für Stasen oder Stenosen oder Erweiterungen sowie eine normale Motilität ergeben habe. Entzündliche Krankheiten seien ebenfalls ausgeschlossen. Es handle sich vielmehr um subjektive Beschwerden ohne plausible Nachweise, wie auch Dr. A. ___ nur mögliche Verwachsungsprobleme erwähne. Dies sei eine Hypothese, welche bildgebend nicht bestätigt worden sei. Diese Elemente liessen kein Abweichen von den bisherigen Schlussfolgerungen zu.

E. 4.1

Vorliegend ist unbestritten, dass die Klägerin vom 4. Dezember 2013 bis zum 19. August 2014 zu 100 % arbeitsunfähig war; die Beklagte leistete in dieser Zeit das volle Taggeld (vgl. Urk. 10/143). Strittig ist, in welchem Umfang die Klägerin ab dem 20. August 2014 bis zum Ende des Anspruchs am 28. Dezember 2015 arbeitsunfähig war (zur Frage der Verletzung der Mitwirkungspflicht vgl. nachstehende E. 5). Zu prüfen ist somit, auf welche medizinische Einschätzung abzustellen ist, mithin welche Beweismittel beziehungsweise Parteibehauptungen überzeugender sind.

E. 4.2

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. Dies gilt auch dann, wenn die Versicherung zunächst Taggelder ausbezahlt hat; macht sie geltend, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien von vornherein zu Unrecht erbracht worden und die versicherte Person sei (wieder) arbeitsfähig, so hat die versicherte Person zu beweisen, dass sie (weiterhin) arbeitsunfähig ist und daher Anspruch auf Taggelder hat (BGE 141 III 241 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2). 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 des Bundesgerichts 4A_393/2008 vom 17. November 2008 E. 4.1).

E. 4.3

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). 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. 4.4

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) zulässig. Diese Page 6 of 10 Entscheid: KK.2016.00028

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 Substantiierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substantiierung 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 substantiierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung 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 substantiiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substantiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert 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. 4.5

Dr. Z.____ führte in seinem zuhanden der Beklagten am 16. April 2014 erstatteten Bericht (vgl. vorstehend E. 3.9) aus, zwar sei der Verlauf nach der Operation vom 9. Januar 2014 zunächst komplikationslos gewesen und von Dr. E.____ als günstig betrachtet worden. Im Laufe des Monats März sei es aber zu einem Rückfall gekommen. Dr. Z.____ hielt fest, es sei momentan schwierig, eine präzise Prognose abzugeben; es seien weitere Untersuchungen vorzunehmen. Er erachtete eine volle Arbeitsunfähigkeit noch bis zum 30. April 2014 für gerechtfertigt, danach komme es auf den Verlauf an. Zu diesem Zeitpunkt war somit unklar, ob die Klägerin in absehbarer Zeit ihre Arbeitsfähigkeit wiedererlangen würde. Dr. Z.____ stimmte denn auch am 8. Mai 2014 der Einschätzung von Dr. A.____ zu, wonach die Klägerin bis zum 15. Mai 2014 vollständig arbeitsunfähig sei (vgl. vorstehend E. 3.10). In der Folge attestierte Dr. A.____ der Klägerin weiterhin volle Arbeitsunfähigkeit bis zum 31. August 2014 (vgl. vorstehend E. 3.10). Diese Einschätzung begründete er mit Bericht vom 25. Juli 2014 (vorstehend E. 3.11) mit den häufigen und schwankenden symptomatischen Bauchschmerzen der Klägerin sowie ihrem psychischen Zustand. Dr. A.____ veranlasste eine Kolonoskopie, da die Beschwerden weiterhin unklar waren. Dr. G.____ (vorstehend E. 3.12) erachtete ebenfalls weitere Abklärungen als notwendig, äusserte sich aber nicht zur Arbeitsfähigkeit der Klägerin.

E. 4.6

In der Folge äusserte sich Dr. C.____ in seinem zuhanden der Beklagten am 16. Dezember 2014 erstatteten Bericht (vorstehend E. 3.13) zur Arbeitsfähigkeit der Klägerin und hielt fest, dass abzuklären sei, ob eventuelle Veränderungen vorlägen, welche die Symptome verstärkten oder Ursache dafür seien. Dr. C.____ erachtete damit die Beschwerden der Klägerin als glaubhaft; er notierte denn auch, dass der Bauch der Klägerin in der Untersuchung überall geschmerzt habe. Im Gegensatz zur bisherigen Einschätzung durch Dr. I.____, der durchgehend volle Arbeitsunfähigkeit attestiert hatte, ging Dr. C.____ aus

somatischer Sicht von einer Arbeitsfähigkeit von 50 % aus. Dies vermag nicht zu überzeugen, da er diese Abweichung mit keinem Wort begründete. Eine Begründung wäre insbesondere deshalb notwendig gewesen, weil die Beklagte die bislang attestierte volle Arbeitsunfähigkeit durchgehend anerkannt hatte. Eine solchermassen aus der Luft gegriffene abweichende Einschätzung bei weitgehend gleichen Befunden, wie sie auch Dr. A.____ erhob, mutet deshalb willkürlich an, zumal Dr. C.____ sich nicht einmal klar dazu äusserte, ab wann seine Einschätzung Geltung habe. Dies liegt wohl darin begründet, dass Dr. C.____ seine Beurteilung ohnehin relativierte, indem er die Einschätzung der 50%igen Arbeitsfähigkeit von den Ergebnissen der weiteren Untersuchung abhängig machte („una capacità lavorativa del 50 % in attesa del riscontro dell’indagine radio strumentale proposta dal Dott. G.____“). Daraus ist zu schliessen, dass Dr. C.____ noch gar nicht über alle Untersuchungsergebnisse verfügte, die eine verlässliche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin erlaubt hätten. Darauf wies auch Dr. H.____ in seinem Bericht vom 19. Dezember 2014 (vorstehend E. 3.12) hin, indem er - was angesichts der weitgehend normalen psychischen Befunde zu überzeugen vermag - aus psychiatrischer Sicht keine Arbeitsunfähigkeit attestierte, jedoch hinsichtlich der somatischen Situation weitere Abklärungen empfahl und seine Schlussfolgerungen dementsprechend als provisorisch bezeichnete.

E. 4.7

Ende 2014 lagen somit nach dem Gesagten keine Indizien vor, welche die Glaubwürdigkeit der Klägerin erschüttert hätten oder geeignet gewesen wären, Zweifel an ihrer vollen Arbeitsunfähigkeit zu wecken. Die Beklagte ist ihrer Beweislast für Tatsachen, welche sie zu einer Kürzung oder Verweigerung der Taggelder berechtigen würden, nicht nachgekommen (vgl. vorstehend E. 4.3). Vielmehr war die Klägerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin voll arbeitsunfähig.

E. 4.8

In der Folge ergingen einzig von Dr. A.____ verfasste weitere detaillierte Berichte, aus denen ersichtlich ist, dass die Klägerin weiterhin an intensiven Schmerzen litt und gemäss Dr. A.____ anhaltend zu 100 % arbeitsunfähig war (vgl. vorstehend E. 3.16, 3.17). Dr. A.____ begründete seine Einschätzung mit detailliert genannten Befunden und dem Umstand, dass auch weitere Untersuchungen keine klare Ursachen ergeben hätten (vg. vorstehend E. 3.17). Die Beklagte vermag dem einzig lapidare kurze Stellungnahmen von Dr. H.____ (vgl. vorstehend E. 3.18) und Dr. C.____ (vgl. vorstehend E. 3.19) entgegen zu setzen, die am ohnehin geringen Beweiswert der früheren Berichte dieser beiden Ärzte nichts zu ändern vermögen. Diese Stellungnahmen kommen einem pauschalen Bestreiten gleich, was nicht genügt. Aufgrund des Gesagten ist somit gestützt auf die Berichte von Dr. A.____ von anhaltender voller Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im Zeitraum vom 20. August 2014 bis zum 28. Dezember 2015 auszugehen. Page 7 of 10 Entscheid: KK.2016.00028

E. 5.1

Es stellt sich die Frage, ob die Klägerin ihrer Mitwirkungspflicht genügend nachgekommen ist: Ihr wird vorgeworfen, sie habe sich zwei von der Beklagten veranlassten Untersuchungen entzogen, sie habe sich den vorgeschlagenen Therapien nicht unterzogen und sie habe keine (unbeschränkte) Vollmacht zur Akteneinsicht erteilt (vgl. vorstehend E. 2.2).

E. 5.2

Zu den Pflichten und der Schadenminderungspflicht der Versicherten enthalten die AVB der Beklagten folgende Bestimmungen: Der Versicherungsnehmer bzw. Versicherte unternimmt alles, was der Abklärung der Krankheit und ihrer Folgen dienen kann. Im Sinne der Schadenminderungspflicht unterlässt der Versicherte alles, was mit der Arbeitsunfähigkeit bzw. mit dem Bezug von Taggeldern nicht zu vereinbaren ist und den Heilungsverlauf gefährdet oder verzögert. Die Ärzte, die den Versicherten behandeln oder behandelt haben, sind von der beruflichen Schweigepflicht uns gegenüber zu entbinden (Art. 52 AVB). Nach Beginn der Krankheit zieht der Versicherte sobald als möglich einen zugelassenen Arzt bei und sorgt für fachgemässe Behandlung. Der Versicherte leistet Anordnungen des Arztes und des Pflegepersonals Folge. Wir können eine Untersuchung oder Begutachtung durch einen von uns bestimmten Arzt verlangen (Art. 54). Wir sind berechtigt, Patientenbesuche durchzuführen sowie zusätzliche Belege und Auskünfte, insbesondere ärztliche Zeugnisse und Berichte, zu verlangen (Art. 55). Entzieht oder widersetzt sich eine versicherte Person einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, oder trägt sie nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu bei, so können ihr die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden (Art. 56). Werden diese Pflichten schuldhaft verletzt und dadurch Ausmass oder Feststellung der Krankheitsfolgen nachteilig beeinflusst, können wir unsere Leistungen kürzen oder verweigern, es sei denn, der Versicherungsnehmer oder Versicherte beweise, dass das vertragswidrige Verhalten die Folgen und die Feststellung der Krankheit nicht beeinflusst hat (Art. 60).

E. 5.3

Die Beklagte sandte der Klägerin am 17. Juli 2014 eine E-Mail mit dem Inhalt, sie habe am 6. August 2014 einen Termin bei Dr. B.____ zum Zweck einer Kontrolluntersuchung (Urk. 10/37). Die gleichen Angaben erfolgten am 18. Juli 2014 per Post (Urk. 10/38). Die Klägerin hatte vor, sich dieser Untersuchung zu unterziehen (vgl. Urk. 10/43/2-3), kam jedoch zu spät (vgl. Urk. 10/43/1). Dr. B.____ führte dazu am 6. August 2014 (Urk. 10/44) aus, sie sei mit einer Verspätung von 30 Minuten in der Praxis erschienen. Die Beklagte teilte der Klägerin daraufhin mit Schreiben vom 8. August 2014 (Urk. 10/45) entsprechend ihrem Wunsch nach einer neuen Untersuchung (vgl. Urk. 10/43/1) - mit, die Untersuchung finde am 19. August 2014 bei Dr. C.____ statt (Urk. 10/45). Zu dieser Untersuchung fand sich die Klägerin nicht ein: Mit Schreiben vom 22. August 2014 (Urk. 10/47) stellte die Beklagte fest, die Klägerin sei bei Dr. B.____ zu spät und bei Dr. C.____ gar nicht erschienen. Sie lehnte deshalb weitere Leistungen ab. Dazu hielt die Klägerin mit E-Mail vom 28. August 2014 (Urk. 10/48) fest, sie habe von diesem Termin nichts gewusst und es sei vereinbart gewesen, dass sie immer per E-Mail oder via Combox informiert werde. Es sei ihr nicht möglich, ihre Post jeden Tag zu sichten, und sie müsse oft die Hilfe von Drittpersonen in Anspruch nehmen. Weiter habe sie Probleme mit dem Briefträger, der die Post unzuverlässig zustelle. Anrufe oder E-Mails habe sie nicht erhalten.

E. 5.4

Bereits im April 2014 machte die Klägerin geltend, sie habe E-Mails der Beklagten erst später lesen können, da sie Probleme mit dem PC gehabt habe. Sie stelle das Handy ab, wenn sie sich erholen müsse, und habe auch das Festnetztelefon ausgesteckt. Es sei am besten, ihr eine Nachricht auf die Combox zu sprechen, und sie schaffe es nicht, ihre Post jeden Tag durchzusehen. Weiter sei es schwierig, eingeschriebene Briefe auf der Post

abzuholen (vgl. Urk. 10/20/2). Es steht jedoch grundsätzlich nicht im Belieben der versicherten Person, der Versicherung die Art ihrer Erreichbarkeit vorzuschreiben. Vorliegend verhält es sich nicht so, dass die Klägerin bettlägerig oder sonstwie immobil gewesen wäre, war es ihr doch beispielsweise möglich, sich zu ärztlichen Untersuchungen, sogar von ihrem Wohnort im Tessin zu Dr. G.____ in Winterthur (vgl. Urk. 10/54), zu begeben. Warum es ihr bei ansonsten ganztägiger Anwesenheit zuhause (vgl. Urk. 10/27 S. 2 unten) nicht möglich gewesen sein soll, einen eingeschriebenen Brief entgegen zu nehmen oder ihre Post täglich zu sichten, ist nicht ersichtlich. Auch ist nicht nachvollziehbar, warum sie nicht hätte mit gewisser Regelmässigkeit telefonisch erreichbar sein können. Bei den von ihr vorgebrachten Schwierigkeiten wäre vielmehr zu erwarten gewesen, dass sie die Post wie auch Anrufe zu einer Hilfsperson umleitet. Somit ist ihr mindestens der verpasste erste Termin bei Dr. C.____ anzulasten. Hinsichtlich des Zuspätkommens bei Dr. B.____ verhält es sich so, dass dieses Versäumnis durch die Untersuchung bei Dr. C.____ hätte aufgefangen werden sollen, welche die Klägerin aber verpasste. Mit Schreiben vom 22. August 2014 stellte die Beklagte deshalb die Leistungen nach dem 19. August 2014 ein (Urk. 10/47), hielt jedoch am 27. November 2014 (Urk.10/67) fest, sie sei bereit, weitere Arzttermine zu organisieren, um den Anspruch zu prüfen. Dies, sofern die Klägerin die Vollmacht zur Einholung von Arztberichten unterschreibe und die Betreibungen zurückziehe. Sollte sie dies nicht tun, so werde die Leistungseinstellung bestätigt. Damit kam die Beklagte vorerst auf ihre Leistungseinstellung zurück. Eine Prüfung, ob die Pflichtverletzung das Ausmass oder die Feststellung der Krankheitsfolgen nachteilig beeinflusst hat (vgl. Art. 60 der AVB), erübrigt sich deshalb. Eine Leistungseinstellung aufgrund der beiden versäumten Untersuchungen kommt deshalb nicht in Betracht.

E. 5.5

Zum Vorwurf der angeblich nicht wahrgenommenen Therapien bleibt die Beklagte den Nachweis schuldig, dass ein solches Verhalten schuldhaft war und dadurch Ausmass oder Feststellung der Krankheitsfolgen nachteilig beeinflusst wurden (vgl. Art. 60 AVB): Hinsichtlich der Behandlung und Abklärung der somatischen Einschränkungen trifft es nicht zu, dass sich die Klägerin diesen nicht unterzogen haben sollte. Sowohl die aus ärztlicher Sicht notwendige und schlussendlich Ende Juli 2014 durchgeführte Kolonoskopie (vgl. vorstehend E. 3.11; Urk. 10/42/19) als auch eine bildgebende Untersuchung des Bauchraums vom 9. September 2015 (vgl. vorstehend E. 3.17) wurden durchgeführt. Nachdem Dr. H.____ aus psychiatrischer Sicht keine Arbeitsunfähigkeit feststellte (vgl. vorstehend E. 3.15), war die Klägerin auch nicht gehalten, eine entsprechende Behandlung aufzunehmen. Im Übrigen war keiner der beteiligten Ärzte der Auffassung, dass Ausmass und Feststellung der Krankheit (vgl. Art. 60 AVB) durch die zeitlich eher weit auseinander

Page 8 of 10
Entscheid: KK.2016.00028

liegenden Abklärungen oder sonstige Umstände negativ beeinflusst worden wären. Somit ist eine Leistungseinstellung aus diesem Grund ebenfalls nicht möglich.

E. 5.6

Gemäss Art. 39 Abs. 1 VVG muss der Anspruchsberechtigte auf Begehren des Versicherers jede Auskunft über solche ihm bekannte Tatsachen erteilen, die zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses dienlich sind. Gemäss Art. 52 AVB haben Versicherte die Ärzte, die

sie behandeln oder behandelt haben, von der beruflichen Schweigepflicht gegenüber der Versicherung zu entbinden.

E. 5.7

Aufgrund dieser gesetzlichen und vertraglichen Grundlage steht ausser Frage, dass die Klägerin verpflichtet war, der Beklagten eine Vollmacht zur Einholung von ärztlichen Berichten sowie zur Veranlassung von Begutachtungen zu erteilen. Dieser Pflicht kam sie jedoch längere Zeit nicht und danach nur ungenügend nach: Anlässlich des Gesprächs der Klägerin mit einer Case Managerin der Beklagten vom 22. Mai 2014 (Urk. 10/27) wurde ihr mitgeteilt, dass sie eine Vollmacht einzureichen habe (S. 2 unten). Die Case Managerin bekräftigte dies am 13. Juni 2014 per E-Mail (Urk. 10/32) und ein weiterer Vertreter der Beklagten mit EMail vom 26. September 2014 (Urk. 10/56). Eine Vollmacht reichte die Klägerin aber weiterhin nicht ein. Am 27. November 2014 (Urk. 10/67) forderte die Beklagte die Klägerin zur Mitarbeit auf und hielt fest, man sei bereit, weitere Arzttermine zu organisieren. Zunächst sei jedoch die Einreichung einer Vollmacht erforderlich, wofür man eine Frist von 7 Tagen setze. Bei ungenutztem Fristablauf werde die Beklagte, da die Klägerin ihrer Kooperationspflicht nicht nachkomme, den Beschluss vom 22. August 2014 bestätigen, mit welchem eine Leistungseinstellung per 19. August 2014 vorgenommen worden sei. In der Folge erteilte die Klägerin am 29. November 2014 eine Vollmacht, die jedoch auf den Zeitraum vom 1. Dezember 2014 bis zum 31. März 2015 begrenzt war (vgl. Urk. 10/69; Urk. 10/68). Mit Schreiben vom 4. Dezember 2014 (Urk. 10/73) machte die Beklagte die Klägerin erneut auf ihre Pflichten sowie eine mögliche Leistungskürzung aufmerksam. Die Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 (Urk. 10/93) mit, sie habe seit April 2014 immer wieder erfolglos versucht, von der Klägerin eine Vollmacht zur Einholung von Arztberichten zu erhalten. Sie habe die erforderliche Vollmacht nicht zugestellt und somit die nötigen Abklärungen verunmöglicht. Erst jetzt sei eine befristete Vollmacht eingereicht worden. Für die Zeit vom 20. August bis 9. Dezember 2014 erhalte sie aufgrund der fehlenden Mitwirkungspflicht bloss eine akonto Zahlung von Fr. 10'000.-- (S. 1), mithin reduzierte Leistungen im Sinne eines Zurückbehaltens (vgl. die Berechnung in Urk. 10/143). Dies ist gestützt auf Art. 60 AVB angesichts der verzögerten Erteilung und der nachträglich nur mit zeitlicher Beschränkung gegebenen Vollmacht - letzteres ist insbesondere deshalb nicht nachvollziehbar, da der Leistungsanspruch der Klägerin und damit die Prüfungsbefugnis der Beklagten bis zum 28. Dezember 2015 dauerte - statthaft. Die Klägerin hat ohne sachlichen Grund ihre diesbezügliche Mitwirkungspflicht verletzt und die Feststellung der Krankheitsfolgen nachteilig beeinflusst. Die Auszahlung nur eines Teilbetrages in diesem Zeitraum ist nicht zu beanstanden.

E. 6.1

Die Klägerin hat nach dem Gesagten Anspruch auf ein Taggeld basierend auf voller Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 20. August 2014 bis 28. Dezember 2015. Die Berechnung der Beklagten vom 20. November 2015 (Urk. 10/143) ist somit dahingehend zu korrigieren, dass im genannten Zeitraum ein Taggeld von Fr. 222.50 geschuldet ist, was bei 496 Tagen Fr. 110'360.-- ergibt. Bei einer vertraglichen Leistungsdauer von 730 Tagen à Fr. 222.50 ergibt dies einen Gesamtanspruch von Fr. 162'425.--. Davon abzuziehen sind die bereits geleisteten Zahlungen in Höhe von Fr. 84'512.50, womit ein Restanspruch von Fr. 77'912.50 besteht. Davon wurden der Klägerin Fr. 22'732.50 bereits überwiesen (vgl. Urk. 10/143). Ausgewiesen ist damit der eingeforderte Betrag von Fr. 55'180.--.

E. 6.2

Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablauf von vier Wochen (sogenannte Deliberationsfrist) von dem Zeitpunkt an gerechnet fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Auch im Bereich des Versicherungsrechts gerät der Versicherer nach herrschender Lehre erst mit der Mahnung in Verzug (Art. 102 Abs. 1 des Obligationenrechts, OR). Lehnt der Versicherer jedoch zu Unrecht seine Leistungspflicht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung. Fälligkeit und Verzug treten dann sofort ein, und die Deliberationsfrist wird überflüssig, wenn sie nicht schon abgelaufen ist (Nef in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, Art. 41 Rz 20).

E. 6.3

In den AVB der Beklagten wurden keine besonderen Bestimmungen zum Verzugszins bezüglich ihrer Leistungen aufgenommen. Es gelten somit die allgemeinen Regeln nach OR und VVG. Der Anspruch auf die Taggelder vom 20. August 2014 bis zum 28. Dezember 2015 war fortlaufend entstanden. Die Beklagte hat die Zahlung weiterer Taggelder mit Schreiben vom 20. November 2015 definitiv abgelehnt (Urk. 10/143). Fälligkeit und Verzug traten somit ab dem 20. November 2015 ein. Der Lauf des Verzugszinses von 5 % ist daher ab dem mittleren Verfallstag zwischen dem 20. August 2014 und dem 28. Dezember 2015, mithin ab dem 25. April 2015, geschuldet. (Verfallstagsberechnung: August 12 Tage, September 30 Tage, Oktober 31 Tage, November 30 Tage, Dezember 31 Tage, Januar 31 Tage, Februar 28 Tage, März 31 Tage, April 30 Tage, Mai 31, Juni 30 Tage, Juli 31 Tage, August 31 Tage, September 30 Tage, Oktober 31 Tage, November 30 Tage, Dezember 28 Tage = 496 / 2 = 248 Tage.)

E. 6.4

Zusammenfassend ist die Beklagte in Gutheissung der Klage zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 55'180.-- zuzüglich Zins von 5 % ab dem 25. April 2015 zu bezahlen.

E. 7.1

Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO).

E. 7.2

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. 2.2.1, 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). 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), Page 9 of 10 Entscheid: KK.2016.00028

enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Titel 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. 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. Bei einem gerichtsüblichen Ansatz von Fr. 220.-- zuzüglich Mehrwertsteuer (MWSt) ist der obsiegenden anwaltlich vertretenen Klägerin unter Berücksichtigung dieser Grundsätze eine Parteientschädigung von Fr. 3'700.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Das Gericht erkennt:

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