

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20171114\_d\_zh\_o\_01 vom 14. November 2017**

FINMA Versicherungsrecht, 2017-11-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20171114\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20171114_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20171114\_d\_zh\_o\_01 du 14 novembre 2017

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20171114\_d\_zh\_o\_01 del 14 novembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 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). 1.5 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 des Bundesgerichts 4A\_393/2008 vom 17. November 2008 E. 4.1). Nach Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Der Eintritt des Versicherungsfalls ist nach diesen Grundsätzen vom Anspruchsberechtigten zu beweisen (BGE 130 III 321 E. 3.1; BGE 141 III 241 E. 3.1). Daran ändert nichts, dass 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). 1.6 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. 1.7 Wie alle Beweismittel unterliegen auch Gutachten der freien richterlichen Beweiswürdigung. Kriterien der Beweiswürdigung bilden die Vollständigkeit, die Nachvollziehbarkeit und die Schlüssigkeit des Gutachtens. Das Gericht hat zu prüfen, ob das Gutachten alle Fragen beantwortet, sich auf den zutreffenden Sachverhalt stützt und den Befund ausreichend begründet. In Sachfragen weicht der Richter jedoch nur aus triftigen Gründen von einer gerichtlichen Expertise ab. Die Beweiswürdigung und die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen ist Aufgabe des Richters. Dieser hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten zweifelhaft, hat er nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Das Page 2 of 6 Entscheid: KK.2016.00048

Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung (Art. 9 der Bundesverfassung; BV) verstossen (BGE 133 II 384 E. 4.2.3 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 5A\_12/2009 vom 25. März 2009 E. 6.1 und 4A\_327/2009 vom 13. Oktober 2009 E. 2.2). Privatgutachten gelten als Bestandteil der Parteivorbringen (BGE 132 III 83 E. 3.4; vgl. auch BGE 127 I 73 E. 3f/bb, BGE 141 III 433). 2. 2.1 Grundlage für den geltend gemachten Taggeldanspruch ist primär der Kollektivversicherungsvertrag zwischen der Y.\_\_\_\_ als früherer Arbeitgeberin des Klägers und der Beklagten. Unstreitig ist die massgebende Versicherungspolice diejenige vom 20. Dezember 2010 (Urk. 8/1). Demzufolge sind die darin genannten Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe 2008, anwendbar (vgl. Urk. 8/1 S 3). Ausserdem sind die Bestimmungen des VVG massgebend (vgl. Ziff 1.3 AVB, Urk. 8/2). 2.2 Gemäss Police vom 20. Dezember 2010 (Urk. 8/1) leistet die Beklagte 80 % des versicherten Lohnes, wobei die Leistungen bei einer Wartefrist von 60 Tagen höchstens 730 Tage dauern (S. 2). Die vereinbarte Wartefrist wird an die Leistungsdauer angerechnet, wobei als Wartetage Tage gelten, an denen eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % besteht (Ziff. 8.4.2 AVB, Urk. 8/2). 2.3 Gemäss AVB (Urk. 8/2) gilt als Krankheit eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert und eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Ziff. 8.1.1). Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person infolge Krankheit, Unfall oder Geburt ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben. Teilweise Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % besteht (Ziff. 8.1.4). Die versicherte Person, die in ihrem angestammten Beruf voraussichtlich voll oder teilweise arbeitsunfähig bleibt, ist verpflichtet, ihre allfällig verbleibende Erwerbsfähigkeit zu verwerten (Ziff. 9.2 Abs. 2).

### **E. 3.1**

Der Kläger machte im Wesentlichen geltend (Urk. 1), die Beklagte behaupte eine leistungsaufhebende Arbeitsfähigkeit. Hierfür habe sie gemäss Art. 8 ZGB den Nachweis zu erbringen. Im Zeitpunkt der Leistungseinstellung habe ein solcher Beweis nicht vorgelegen und sei auch nachträglich nicht rechtsgenügend erbracht worden (Ziff. 23 S.10 f.). Das nachträglich eingeholte rheumatologische Gutachten vom 10. September 2015 sei

als reines Parteigutachten aus dem Recht zu weisen (Ziff. 15 S. 7). Darüber hinaus sei das Gutachten aufgrund näher dargelegten Gründen auch nicht schlüssig (Ziff. 16 S. 7 f.). Das Gutachten könne ohnehin nicht darüber hinweg täuschen, dass die Beklagte im Zeitpunkt der TaggeldEinstellung ihren Pflichten nicht nachgekommen sei: Neben dem Nachweis einer allfälligen medizinisch- theoretischen Arbeitsfähigkeit hätte sie auch den Nachweis erbringen müssen, dass der in Frage stehende Wechsel der Arbeitstätigkeit objektiv möglich sei (Ziff. 17 S. 8 f.). Es sei erst ab dem 16. Oktober 2015, mithin ab dem Zeitpunkt, in welchem der Kläger Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung habe, von einer Arbeitsfähigkeit auszugehen (Ziff. 19 S. 9 f).

### **E. 3.2**

Dem hielt die Beklagte zusammengefasst entgegen (Urk. 7), sowohl die Stellungnahme ihres Konsiliararztes als auch das Gutachten von Dr. A.\_\_\_\_ seien geeignet, eine Arbeitsfähigkeit von 100 % in einer angepassten Tätigkeit ab Mitte Oktober 2014 zu belegen. Unter Gewährung einer Übergangsfrist von fast fünf Monaten habe sie die Taggeldleistungen per Ende Mai 2015 zu Recht eingestellt (Ziff. 9-13 S. 3). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei auch das Parteigutachten von Dr. A.\_\_\_\_ rechtlich zu würdigen (Ziff. 15 S. 3). Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch Dr. A.\_\_\_\_ sei aus dargelegten Gründen entgegen der Meinung des Klägers glaubwürdig (Ziff. 16 S. 4). Ihre Prüfung habe ergeben, dass dem Kläger ein Wechsel der Arbeitstätigkeit ab dem 9. Januar 2015 objektiv und subjektiv möglich sei. Nachdem sie bis Ende Mai 2015 Taggelder geleistet habe, habe sie ihm auch eine genügend lange Übergangsfrist gewährt (Ziff. 17 S. 6).

### **E. 3.3**

Streitig und zu prüfen ist demnach, ob der Kläger über den 31. Mai 2015 hinaus bis zum 15. Oktober 2015 Anspruch auf Krankentaggelder hat.

### **E. 4.1**

Dr. med. B.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie, diagnostizierte im Arzt-bericht vom 24. September 2014 (Urk. 8/13/3) eine symptomatische mediale Korpus-/Hinterhornläsion, laterale Korpusläsion Hinterhornanteil Kniegelenk rechts bei Status nach Kniedistorsion am 23. Mai 2014. Am 20. August 2014 sei eine Kniearthroskopie rechts, mediale Korpus-/Hinterhornresektion, laterale Hinterhorn-Teilmenisektomie, Synovektomie Zentralpfelder/Ligamentum mucosum Kniegelenk rechts durchgeführt worden. Es sei dem Kläger empfohlen worden, mit dem Arbeitgeber in Kontakt zu treten und eine Arbeitstätigkeit mit angepasstem Pensum zu 30-40 % umzusetzen mit stehend/gehend/sitzender Tätigkeit. Allenfalls könne Mitte Oktober eine 100%ige Arbeitstätigkeit erreicht werden. Am 23. Oktober 2014 berichtete Dr. B.\_\_\_\_ (Urk. 8/12), im Rahmen der letzten Beurteilung vom 24. September 2014 sei die Arbeitsfähigkeit vom 3. September 2014 nochmals für 2 Wochen zu 100 % definiert worden, danach sollte eine Arbeitsaufnahme zu 40-50 % möglich sein. Seit diesem Datum sei der Kläger nie mehr in der Sprechstunde gewesen, allenfalls sei er bei seinem Hausarzt vorstellig geworden.

### **E. 4.2**

Dr. med. C.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, berichtete am 4. November 2014 (Urk. 8/13/1), der Kläger habe beim Heruntersteigen von einer Leiter am 23. Mai 2014 ein Rotationstrauma erlitten. Der Verlauf sei protrahiert, da der Kläger wegen Knieproblematiken auf der Gegenseite sowie vorbestehendem Rückbleiben eine

Schiefhaltung habe und es zu Überlastungsreaktionen komme. Aktuell werde mittels Schuheinlagen versucht, eine Beinachsenkorrektur anzustreben. Der Kläger könne nur 100 m gehen, nur zwei Stunden sitzen und Lasten bis zu 5 kg tragen. Die Arbeitsunfähigkeit bezifferte Dr. C.\_\_\_\_ mit Zeugnis vom 1. November 2014 (Urk. 8/13/4) mit 100 %.

#### **E. 4.3**

Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, Konsiliararzt der Beklagten, hielt am 17. Dezember 2014 (Urk. 8/53/3) fest, die Arbeitsunfähigkeit sei zwar ausgewiesen. In leichter körperlicher Tätigkeit bestehe jedoch eine Arbeitsfähigkeit von mindestens 80 %.

Page 3 of 6 Entscheid: KK.2016.00048

Am 1. Juli 2017 (Urk. 8/53/1) stellte sich Dr. D.\_\_\_\_ auf den Standpunkt, die Kniebeschwerden seien nachvollziehbar und begründet durch objektivierbare strukturelle Schäden. Der Entscheid, die Leistungen einzustellen, sei korrekt. Es sei überhaupt nicht nachvollziehbar, dass der Versicherte nun dauerhaft arbeitsunfähig sein sollte für sämtliche Tätigkeiten bei einem isolierten Knieschaden. Er empfahl, am Entscheid festzuhalten, jedoch ein Gutachten einzuholen zur Beweissicherung und Stützung des Entscheids.

#### **E. 4.4**

Laut Sprechstundenbericht der E.\_\_\_\_, Kniechirurgie, vom 4. Juni 2015 (Urk. 8/48/2) bestünden beim Kläger erneute Meniskusläsionen der Hinterhörner sowohl medial als auch lateral (rechts), wobei die laterale Meniskusläsion klinisch nicht symptomatisch erscheine. Zudem zeigten sich ein Knorpelschaden des medialen Femurcondylus sowie eine Varusfehlstellung von 6°. Linksseitig sei der Kläger trotz der ausgeprägten Varusfehlstellung nur wenig symptomatisch. Laut Bericht vom 9. September 2015 (Urk. 8/64/2) wurde gleichentags eine Kniearthroskopie rechts, mediale Teilmeniskektomie Hinterhorn bis Pars intermedia und laterale Teilmeniskektomie Pars intermedia, Knorpeldébridement und Microfrakturierung Trochlea durchgeführt und eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bis zum 27. September 2015 bescheinigt. Am 10. September 2015 (Urk. 8/67/2) hielten die Ärzte fest, eine körperlich wenig belastende Tätigkeit, entweder sitzend oder abwechselnd gehend und sitzend, sei nach Abschluss des unmittelbar postchirurgischen Verlaufs ab zirka Mitte Oktober 2015 bis zu 100 % möglich (S. 2).

#### **E. 4.5**

Im Gutachten vom 10. September 2015 (Urk. 8/63) diagnostizierte Dr. med. A.\_\_\_\_, Facharzt für Innere Medizin und Rheumaerkrankungen, unter anderem gestützt auf seine Untersuchung vom 4. September 2015 Folgendes (S. 41): - chronifizierte mediale Knieschmerzen rechts bei - Läsion im medialen und lateralen Meniskushinterhorn - Knorpelläsion am medialen Femurcondylus (beginnende Gonarthrose) - Status nach KAS mit Meniskusresektion medial und lateral 20.8.2014 - chronifizierte mediale Knieschmerzen links bei - ausgeprägter Varusfehlstellung links von 17° - Status nach KAS und Teilmeniskektomie 2008 - chronifizierte, unspezifische Rückenschmerzen bei - Fehllhaltung und Haltungsinsuffizienz - leichter Kyphoskoliose - diskreten degenerativen Veränderungen anamnestisch - chronifizierte Daumenschmerzen links bei - Rhizarthrose links - chronifizierte Knöchelschmerzen links bei - linksbetontem Senkfuss - Bandlaxizität (Beighton-Index 5/9) - Übergewicht (BMI 29.4 kg/m<sup>2</sup>) - Status nach Kieferoperation 2002 Die Arbeitsfähigkeit werde limitiert durch das beidseitige Knieleiden, das Rückenleiden sowie die erwähnten Arthralgien bei Bandlaxizität und gewissen degenerativen Veränderungen im linken Daumensattelgelenk (Rhizarthrose). Zusammenfassend sei der

Kläger aufgrund seiner bandlaxen Konstitution bei den vorliegenden muskulären Defiziten und auch dem aktuellen Übergewicht für eine ausschliesslich gehend und stehend zu verrichtende, körperlich belastende Tätigkeit mit repetitiven Tätigkeiten ungeeignet. In der Gesamtschau sei ihm heute eine körperlich leichte, vorwiegend sitzende Tätigkeit ohne kräftigen repetitiven Einsatz der linken Hand uneingeschränkt möglich. Aufgrund der Akten sei für eine solche Tätigkeit spätestens seit Mitte Oktober 2014 von einer vollen Arbeitsfähigkeit auszugehen (S. 39 Mitte).

#### **E. 4.6**

Dr. med. F.\_\_\_\_, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, Konsiliarärztin der Beklagten, gab am 2. August 2016 folgende Beurteilung ab (Urk. 8/89): Es könne kein einziger direkter oder indirekter Beleg für ein psychisches Leiden mit Krankheitswert gefunden werden. Die fehlende Erklärung des Rheumatologen für den Dauerschmerz im rechten Knie sei zur Kenntnis zu nehmen, aber es könne darin nicht zugestimmt werden, dass mangels somatischer Erklärbarkeit einer Beschwerde diese automatisch einem psychischen Leiden zugeordnet werde, sozusagen als Restkategorie bei somatisch nicht oder unbefriedigend erklärbaren Schmerzen (S. 4). Am 12. August 2016 (Urk. 8/91) ergänzte Dr. F.\_\_\_\_, unter Einbezug der Akten der Invalidenversicherung sei aus psychiatrischer Sicht festzustellen, dass der Kläger zu keinem Zeitpunkt psychische Beschwerden geltend gemacht und kein Arzt psychiatrische Symptome dokumentiert habe. Die Beurteilung vom 2. August 2016 werde durch die ergänzenden Akten weiter belegt (S. 2).

#### **E. 5.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt ein Privatgutachten kein Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 ZPO dar (dazu ausführlich BGE 141 III 433 E. 2 mit Hinweisen). Wird eine Tatsachenbehauptung einer Partei von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen (BGE 141 III 433 E. 2.6 ; vgl. auch BGE 132 III 83 E. 3.5 S. 88). 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. 5.2**

Von den Parteien in Auftrag gegebene Stellungnahmen sind, soweit sie über allgemein und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft geben, über die eine beliebige sachverständige Person Auskunft geben könnte, nach dem Willen des Gesetzgebers für sich allein nicht zum Beweis geeignet und fallen insoweit auch nicht unter den Begriff der Urkunde (BGE 141 III 433 E. 2.5.3). Von der Versicherung veranlasste ärztliche Stellungnahmen und Gutachten sind Musterbeispiel derartiger Parteigutachten. Denn die Akten können zur Beantwortung allfälliger Fachfragen jeder beliebigen sachverständigen Person unterbreitet werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.2.1). Allerdings hat im Rahmen des Versicherungsvertrags die anspruchsberechtigte Person die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs zu behaupten und zu beweisen. Es ist vorliegend der Kläger, der einen Page 4 of 6 Entscheid: KK.2016.00048

Versicherungsanspruch geltend macht und die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen - eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % während des strittigen Zeitraums - trägt. Nicht die Beklagte hat zu beweisen, dass der Kläger ab Mitte Oktober 2014 in einer

angepassten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig war, sondern der Kläger hat - mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit - den Nachweis zu erbringen, dass die Arbeitsunfähigkeit zu 100 % weiter andauert hat (vgl. vorstehende E. 1.5-1.6).

### **E. 5.3**

Dass dem Kläger die ursprüngliche Tätigkeit als Produktionsmitarbeiter längerfristig nicht mehr zumutbar ist, davon geht - entsprechend der Ansicht von Dr. D.\_\_\_\_ (E. 4.3) und Dr. A.\_\_\_\_ (E. 4.5) - auch die Beklagte aus. In diesem Punkt besteht somit zwischen den Parteien Einigkeit. Unterschiedliche Standpunkte nehmen die Parteien indessen bei den Fragen ein, in welchem Umfang die Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit besteht und ab welchem Zeitpunkt dem Kläger die Verwertung der Restarbeitsfähigkeit zumutbar war. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, kann die Frage der zumutbaren Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit unbeantwortet bleiben.

### **E. 6.1**

Art. 61 VVG bestimmt, dass der Anspruchsberechtigte verpflichtet ist, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen (Abs. 1 Satz 1). Hat der Anspruchsberechtigte diese Pflichten in nicht zu entschuldigender Weise verletzt, so ist der Versicherer berechtigt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung jener Obliegenheiten vermindert hätte (Abs. 2). Zur Erfüllung der Schadenminderungsobliegenheit kann ein Berufswechsel notwendig sein (BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531; Urteile des Bundesgerichts 4A\_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 3.3; 4A\_574/2014 vom 15. Januar 2015 E. 4.1; 4A\_529/2012 vom 31. Januar 2013 E. 2.3). Erwartet der Versicherer vom Versicherten einen solchen Berufswechsel, muss er dies dem Versicherten mitteilen und ihm eine angemessene Frist setzen, um sich anzupassen und eine Stelle zu finden (BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531). Ziff. 9.2 Abs. 2 AVB (Urk. 8/2) sieht einen Berufswechsel vor für versicherte Personen, die voraussichtlich voll oder teilweise arbeitsunfähig bleiben. Bei der Beantwortung der Frage nach der Zumutbarkeit eines Berufswechsels im konkreten Fall stellt die medizinisch- theoretische Würdigung nur einen ersten Schritt dar. Das Gesetz erlaubt dem Versicherer keine Reduktion seiner Leistungen einzig aufgrund eines theoretisch möglichen Berufswechsels, der indessen in der Praxis nicht realisierbar ist. Das Gericht hat im Gegenteil die konkrete Ausgangslage zu würdigen. Es muss sich fragen, welche realen Chancen der Versicherte angesichts seines Alters und der Situation auf dem Arbeitsmarkt hat, eine Arbeit zu finden, welche seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung trägt. Es hat ebenfalls zu beurteilen, ob dem Versicherten ein entsprechender Berufswechsel unter Berücksichtigung seiner Ausbildung, seiner Arbeitserfahrung und seines Alters tatsächlich zugemutet werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A\_495/2016 vom 5. Januar 2017 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 133 III 527 E. 3.2.1).

### **E. 6.2**

Am 8. Januar 2015 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie ihn in einer anderen in Frage kommenden Tätigkeit per sofort als zu 80 % arbeitsfähig erachtet und empfahl ihm, sich bei der Arbeitslosenversicherung anzumelden. Um ihm Zeit für den beruflichen Wiedereinstieg zu geben, sicherte sie ihm die Ausrichtung der Taggelder bis zum 28. Februar 2015 zu (Urk. 8/22). Dieses Schreiben genügt den Anforderungen an eine Aufforderung zum Berufswechsel keineswegs. Einerseits deklarierte die Beklagte nicht, von welcher medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit sie ausging, ist doch die

Formulierung "in einer anderen in Frage kommenden Tätigkeit" unklar und lässt nicht den alleinigen Schluss zu, dass damit eine leichte körperliche Tätigkeit gemeint war. Zum anderen fehlt dem Schreiben auch jeglicher Hinweis, welche konkreten Tätigkeiten die Beklagte dem Kläger als zumutbar erachtete. Selbst nachdem der Kläger unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung gegen den Entscheid der Klägerin opponierte hatte (vgl. Urk. 8/34), sah diese von einer Substanziierung ihres Entscheids ab. Erst nachdem das Gutachten von Dr. A.\_\_\_\_ vorlag, in welchem im Übrigen nicht eine vollständige Arbeitsfähigkeit in jeder körperlich leichten Tätigkeit, sondern lediglich in einer körperlich leichten, vorwiegend sitzenden Tätigkeit ohne kräftigen repetitiven Einsatz der linken Hand attestiert wurde (vgl. vorstehende E. 4.5), konkretisierte die Beklagte am 6. Oktober 2015 - mithin Monate nach der Einstellung der Taggeldleistungen - die von ihr als zumutbar erachteten Tätigkeiten wie leichte Abpack-, Kontroll-, Sortier- oder Überwachungsarbeiten, Produktionsarbeiten im Bereich pharmazeutische Erzeugnisse oder Backwaren sowie leichte mechanische Tätigkeiten oder auch leichte Lagerarbeiten (Urk. 8/66). Davon, dass der Kläger in der bisherigen Tätigkeit längerfristig arbeitsunfähig bleiben werde, war erstmals im Gutachten von Dr. A.\_\_\_\_ vom 10. September 2015 (Urk. 8/63 S. 42 Ziff. 7.1) die Rede. Einen Berufswechsel bereits im Januar 2015 zu verlangen, widerspricht damit auch den Bestimmungen in den AVB der Beklagten.

### **E. 6.3**

Sofern überhaupt vom Kläger bereits im Januar 2015 ein Berufswechsel hätte verlangt werden können, erfolgte seitens der Beklagten jedenfalls keine genügende Abmahnung und lag damit auch keine entsprechende Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit vor. Für die Einstellung der Taggelder bei einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit in der versicherten Tätigkeit blieb folglich kein Raum. Damit hat der Kläger bis zum Beginn des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung am 15. Oktober 2015 (vgl. Urk. 2/21) Anspruch auf Taggelder gestützt auf eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Bei einem Taggeld von Fr. 148.15 ergibt dies für die Periode vom 1. Juni 2015 bis 15. Oktober 2015 einen Anspruch von Fr. 20'296.55 (137 Tage x Fr. 148.15).

### **E. 7**

Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ist kein vorgängiges Schlichtungsverfahren durchzuführen und die Klage ist direkt beim Gericht anhängig zu machen (vgl. vorstehende E. 1.2). Wenn der Kläger trotzdem ein Schlichtungsverfahren angestrengt hat, hat er die Kosten hierfür zu übernehmen, unabhängig davon, dass die Beklagte nicht zur Schlichtungsverhandlung erschienen ist. In diesem Punkt ist die Klage abzuweisen.

### **E. 8.1**

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 Page 5 of 6 Entscheid: KK.2016.00048

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. 8.2**

Die AVB (Urk. 8/2) enthalten keine besonderen Bestimmungen zum Verzugszins bezüglich der Leistungen der Beklagten. Es gelten somit die allgemeinen Regeln nach OR und VVG. Der Anspruch auf die Taggelder vom 1. Juni bis 15. Oktober 2015 war fortlaufend entstanden. Die Beklagte hat die Zahlung weiterer Taggelder mit Schreiben 8. Januar 2015 definitiv abgelehnt (Urk. 8/22). Fälligkeit und Verzug traten somit ab dem 8. Januar 2015 ein. Der Lauf des Verzugszinses von 5 % ist daher ab dem mittleren Verfallstag zwischen dem 1. Juni 2015 und dem 15. Oktober 2015, mithin ab dem 7. August 2015 geschuldet.

### **E. 9**

Zusammenfassend ist die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 20'296.55 zuzüglich Zins von 5 % seit dem 7. August 2015 zu bezahlen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

### **E. 10.1**

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

### **E. 10.2**

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), 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 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) sowie den §§ 1, 5 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer). Gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen. Der vertretene Kläger obsiegt - abgesehen vom Ersatz der Kosten für das Schlichtungsverfahren - vollumfänglich. Bei einem gerichtsblichen Ansatz von Fr. 220.-- zuzüglich Mehrwertsteuer (MWSt) ist ihm eine ungekürzte Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (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.