

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180131\_d\_zh\_o\_01 vom 31. Januar 2018**

FINMA Versicherungsrecht, 2018-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20180131\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20180131_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180131\_d\_zh\_o\_01 du 31 janvier 2018

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180131\_d\_zh\_o\_01 del 31 gennaio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 2.1**

Gemäss der hier massgeblichen Police Nr. A.\_\_\_\_ leistet die Beklagte 720 Krankentaggelder im Umfang von 80 % des versicherten Lohnes abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen (Beilage zu Urk. 10/1). Anwendbar sind neben den besonderen Bedingungen-Überschussbeteiligung, die Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektivkranken- Versicherung, Ausgabe 2008, die Zusatzbedingungen (ZB) für die Krankentaggeld-Versicherung, Ausgabe 2008, und zwei Merkblätter für die versicherten Personen respektive Arbeitnehmer (Beilagen zu Urk. 10/1).

### **E. 2.2**

Nach Art. 1 ZB sind Taggelder bei Arbeitsunfähigkeit infolge einer Krankheit, die einen Erwerbsausfall zur Folge hat, versichert. Art. 2 Ziff. 1 ZB bezeichnet als Krankheitsfall jede Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und legt fest, dass der Krankheitsfall mit der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit beginnt. Nach Art. 3 Ziff. 1 ZB wird das Taggeld ausgerichtet, wenn die Arbeitsunfähigkeit ohne Unterbruch während der vertraglich vereinbarten Wartefrist bestanden hat. Nach Art. 3 Ziff. 2 ZB beginnt die Wartefrist bei jedem neuen Krankheitsfall mit dem Tag der ärztlich attestierten, mindestens 25%igen Arbeitsunfähigkeit, frühestens jedoch drei Tage vor der ersten ärztlichen Konsultation. Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % werden an die Wartefrist als ganze Tage angerechnet. Page 2 of 8 Entscheid: KK.2016.00043

### **E. 2.3**

Die Police der zu beurteilenden Kollektiv-Krankenversicherung hält unter dem Titel "Versicherungsschutz" und dem Untertitel "Versicherte Personen und Leistungen" unter anderem fest: "Vorbestandene Krankheiten sind vorbehältlich der Ausschlüsse in den Allgemeinen Bedingungen (AB) versichert" (Urk. 10/1). Art. 4 Ziff. 2 lit. a AB statuiert: „Krankheiten und Unfälle, welche bei Beginn des Vertrages oder bei Arbeitsantritt (nach Beginn des Vertrages) bereits eine ganze oder teilweise Arbeitsunfähigkeit bewirken, bleiben von der Versicherung ausgeschlossen, bis die versicherte Person ihre Arbeitsfähigkeit vollständig wieder erlangt hat. Die Arbeitsaufnahme beim Versicherungsnehmer im Rahmen des arbeitsvertraglich vereinbarten Beschäftigungspenums gilt nur dann als vollständige Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit, wenn dieses Beschäftigungspenum 100% beträgt und die versicherte Person mindestens während 20 Tagen ohne Unterbruch voll arbeitsfähig ist."

### **E. 2.4**

Nach Art. 8 Ziff. 1 AB erlischt der Versicherungsschutz für die einzelnen versicherten Personen für sämtliche für sie versicherten Leistungen unter anderem mit dem Erlöschen des Vertrages (lit. a), bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (lit. c) und sobald die maximale Leistungsdauer (Genussberechtigung) erreicht ist (lit. d). Besteht in den Fällen gemäss Art. 8 AB Anspruch auf Leistungen, so erlischt dieser Anspruch nach Art. 9 Ziff. 1 AB mit Erlöschen des Versicherungsschutzes, wobei der Anspruch auf Nachleistung gemäss Ziffer 2 vorbehalten bleibt. Art. 9 Ziff. 2 lit. a AB statuiert den Anspruch auf Nachleistung für versicherte Ereignisse, welche im Zeitpunkt der Beendigung des Versicherungsschutzes eine Arbeitsunfähigkeit bewirken, wenn der Versicherungsschutz aus den in Art. 8 Ziff. 1 lit. a und c AB genannten Gründen erlischt und kein anderer Beendigungsgrund (gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b, d-g und i AB) vorliegt. Nach Art. 9 Ziff. 2 Abs. 2 AB werden Nachleistungen nur dann erbracht, wenn die Arbeitsunfähigkeit aus gleicher Ursache und höchstens im bisherigen Grad ununterbrochen andauert.

### **E. 3.1**

Der Kläger lässt den beantragten Taggeldanspruch in der Klageschrift, der Replik und der Stellungnahme vom 11. Mai 2017 (Urk. 1, 16, 24) zusammengefasst im Wesentlichen damit begründen, dass gestützt auf die Beurteilungen und Arbeitsunfähigkeitsatteste des behandelnden Facharztes für Innere Medizin, speziell Rheumaerkrankungen, Dr. med. B.\_\_\_\_, welche Bestätigung fänden in Berichten weiterer ärztlicher Fachpersonen, die über den 28. Februar 2014 hinausgehende bis 30. Juni 2015 dauernde Arbeitsunfähigkeit unterschiedlichen Ausmasses belegt sei. Selbst Dr. Z.\_\_\_\_, deren Gutachten ein blosses Parteigutachten darstelle, welchem kein vergleichbarer Beweiswert wie den obigen Expertenmeinungen zukomme, sei im Zeitpunkt der Untersuchung wie Dr. B.\_\_\_\_ von einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen. Ihre prognostische Aussage, wonach der Kläger ab 1. März 2014 wieder zu 100 % arbeitsfähig sein sollte, sei von der Beklagten nicht überprüft worden und habe sich nicht verwirklicht. Sie vermöge insbesondere die echtzeitlichen fachärztlichen Atteste nicht in Zweifel zu ziehen.

### **E. 3.2**

Die Beklagte stellt sich dagegen zusammengefasst im Wesentlichen auf den Standpunkt, eine über den 28. Februar 2014 hinausgehende Arbeitsunfähigkeit sei nicht erstellt. Das Gutachten von Dr. Z.\_\_\_\_ sei, da nicht von ihr, sondern von der Unfallversicherung eingeholt, kein Parteigutachten. Ihre Beurteilung der Arbeitsfähigkeit ab 1. März 2014 stelle keine Prognose dar; vielmehr sei darauf abzustellen. Die danach eingereichten Arbeitsunfähigkeitszeugnisse seien nicht begründet und vermöchten die Beurteilung von Dr. Z.\_\_\_\_ nicht in Zweifel zu ziehen. Selbst wenn aber von einer über 28. Februar 2014 hinausgehenden Arbeitsunfähigkeit ausgegangen würde, wäre diese aufgrund des absolut zwingenden Rückwärtsversicherungsverbots nach Art. 9 VVG nicht versicherbar, da die zur Arbeitsunfähigkeit führende Diskushernie bereits in der Vergangenheit zu einer länger dauernden Arbeitsunfähigkeit geführt habe (Urk. 8, 20).

### **E. 4.1**

Was zunächst das von der Beklagten geltend gemachte Rückwärtsversicherungsverbot gemäss Art. 9 VVG angeht, erwog das Bundesgericht mit Urteil 4A\_631/2016 vom 21. April 2017 in Auseinandersetzung mit einem ebenfalls die Beklagte betreffenden Krankentaggeldversicherungsvertrag und den unter obiger Erwägung Ziffer 2.3 zitierten Bestimmungen, dass bei Krankentaggeldversicherungen rechtsprechungsgemäss bislang

überwiegend die Arbeitsunfähigkeit als Versicherungsfall betrachtet und als befürchtetes Ereignis die geltend gemachte Erwerbsunfähigkeit beziehungsweise die Arbeitsunfähigkeit angesehen worden sei. Nicht die Krankheit, sondern erst die Arbeitsunfähigkeit sei als jeweiliger Versicherungsfall zu qualifizieren, wobei der Versicherungsfall als Verwirklichung der Gefahr, gegen welche die Versicherung abgeschlossen worden sei, definiert werde. Das versicherte Risiko könne daher nicht losgelöst vom konkreten Versicherungsvertrag bestimmt werden. Vielmehr müsse zunächst durch Auslegung des Versicherungsvertrages ermittelt werden, was das versicherte Risiko darstelle. Danach sei zu prüfen, ob dieses Risiko beziehungsweise das befürchtete Ereignis bei Vertragsschluss bereits eingetreten sei, und der Vertrag daher gegen Art. 9 VVG verstosse (Urteil 4A\_631/2016 vom 21. April 2017 E. 2.1 und 2.2 mit diversen Hinweisen). In Auseinandersetzung mit Art. 4 Ziff. 2 lit. a AB der Beklagten kam das Bundesgericht sodann zum Schluss, dass nicht die Krankheit als solche, sondern die Arbeitsunfähigkeit (soweit sie krankheitsbedingt sei) das versicherte Risiko darstelle. Für einen Deckungsausschluss gestützt auf das Rückwärtsversicherungsverbot müsse nach Art. 4 Ziff. 2 lit. AB vorausgesetzt werden, dass die Krankheit im Zeitpunkt des Arbeitsantritts bereits eine ganze oder teilweise Arbeitsunfähigkeit bewirkt habe (E. 2.3.1 und 2.3.2 im zitierten Urteil 4A\_631/2016). Fällt der Zeitpunkt des Arbeitsantritts vor Beginn des Versicherungsvertrages, ist gemäss Art. 4 Ziff. 2 lit. a AB auf den Beginn des Vertrages abzustellen.

#### **E. 4.2**

Für den hier zu beurteilenden Fall bedeutet dies, dass eine allfällige Arbeitsunfähigkeit des Klägers in den Jahren 2006/2007 aufgrund von Rückenbeschwerden bei bekannter Diskushernie L5/S1, welche angeblich bereits dazumal zu Leistungen der Kollektivkrankentaggeldversicherung der Beklagten aus einem Vertrag mit dem damaligen Arbeitgeber C.\_\_\_\_ geführt habe (vgl. entsprechende Ausführungen der Beklagten in Urk. 8 S. 10 f., Urk. 9/2-3), nichts am Leistungsanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten ändert. Für den Zeitpunkt des Vertragsbeginns am 21. Februar 2013 (vgl. Police in Beilage zu Urk. 10/1) – der Kläger trat seine Arbeit bei der von ihm am 31. März 2010 gegründeten Y.\_\_\_\_ vor Vertragsabschluss an – wird von beiden Seiten keine Arbeitsunfähigkeit infolge von Rückenbeschwerden diskutiert. Entsprechend war das befürchtete Ereignis - der krankheitsbedingte Verlust einer zuvor gegebenen vollen Arbeitsfähigkeit bei Vertragsbeginn am 21. Februar 2013 (trotz einer allfälligen Rückfallgefährdung) - zukünftig und ungewiss. Art. 9 VVG ist daher nicht anwendbar und steht einer Leistungspflicht der Beklagten folglich nicht entgegen.

#### **E. 5**

Page 3 of 8 Entscheid: KK.2016.00043

#### **E. 5.1**

Zu prüfen ist sodann, ob die Beklagte ihre Taggeldleistungen zu Recht per 28. Februar 2014 eingestellt hat. Dabei ist unbestritten, dass der Kläger vom 8. bis 26. Januar 2014 Anspruch auf ein volles Taggeld aufgrund einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit und vom 27. Januar bis 28. Februar 2014 Anspruch ein halbes Taggeld bei 50%iger Arbeitsunfähigkeit hatte. Zu prüfen ist anhand der im Recht liegenden medizinischen Akten, ob sich die Beklagte zu Recht auf den Standpunkt stellte, die Arbeitsfähigkeit des Klägers habe sich ab 1. März 2014 geändert, sei mithin wieder vollumfänglich vorgelegen, und dem Kläger sei es nicht

gelungen zu beweisen, dass er danach noch arbeitsunfähig gewesen sei. Den Akten ist dazu Folgendes zu entnehmen:

#### **E. 5.2.1**

Dr. B.\_\_\_\_ empfahl in einem den UVG-Akten der Beklagten zu entnehmenden Schreiben vom 7. November 2013 die Durchführung eines MRI und allenfalls eine vertrauensärztliche Untersuchung der Diagnose eines unklaren lumboradikulären/lumbospondylogenen Schmerzsyndroms bei einem Status nach LWS-Kontusion und Differenzen der subjektiven und objektiven Parameter bei der Untersuchung (Urk. 14/5). Er schrieb den Kläger ab 28. Oktober 2013 bis 26. Januar 2014 zu 100 % und ab 27. Januar 2014 zu 50 % arbeitsunfähig (vgl. Beilagen zu Urk. 10/4, Urk. 14/8). Ein MRI des LWS und des Iliosakralgelenks vom 11. November 2013 im D.\_\_\_\_, vom 11. November 2013 liess eine mediane bis rechts mediolaterale Bandscheiben-Hernie L5/S1 mit rezessaler Affektion S1 rechts und Tangierung S1 links sowie eine hypertrophe Spondylarthrose L5/S1 erkennen (Urk. 14/16). Der Hausarzt des Klägers, Dr. med. E.\_\_\_\_, bestätigte am 17. November 2013 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab 28. Oktober 2013 (Urk. 14/7). Dr. Z.\_\_\_\_ erstellte ihr Gutachten vom 19. Februar 2014 im Auftrag der Beklagten als Unfallversicherung im Schadensfall Nr. F.\_\_\_\_ (vgl. Auftrag zur konsiliarischen Untersuchung, Urk. 14/9) des Klägers. Ihre Beurteilung lautete dahingehend, dass für die Tätigkeit als Restaurantbesitzer (Pizzeria/Kebab) immer noch eine Arbeitsunfähigkeit bestehe, anfangs sei diese bei 100 % gelegen, seit etwa 2 bis 3 Wochen bei 50 %. Der Kläger weise eine orthopädische Krankengeschichte auf, die etwa 2006/2007 begonnen habe. Seither seien degenerative Veränderungen lumbosakral bekannt, die auch radiologisch ihr Korrelat in der aktuellen MRT-Abklärung vom November 2013 fänden. Durch das Ereignis vom 28. Oktober 2013 mit dem Sturz nach hinten sei es zu einer Prellung des Rückens gekommen. Strukturelle Verletzungen könnten durch das MRT ausgeschlossen werden. In der Regel ergebe sich nach einer Prellung eine maximale Arbeitsunfähigkeit von sechs Wochen. Die jetzt bestehende Arbeitsunfähigkeit sei nicht mehr unfall-, sondern krankheitsbedingt begründet. Inzwischen sei es durch konservative Therapiemassnahmen zu einer Linderung der Beschwerden gekommen, so dass keine pseudoradikulären Schmerzausstrahlungen in das rechte Bein mehr bestünden. Unverändert beobachte der Kläger eine Hyposensibilität der linken Grosszehe. Nach Abschluss der Physiotherapie sollte jetzt mit medizinischer Trainingstherapie begonnen werden. Bis Ende des Monats sollte er sich bemühen, dreimal täglich mindestens eine Stunde spazieren zu gehen, um wieder in die körperliche Belastung zu kommen. Ab 1. März 2013 sei für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit wieder ein volles Arbeitsvermögen gegeben (Urk. 14/11).

#### **E. 5.2.2**

Dr. B.\_\_\_\_ stellte in seinem Formular zu Händen der Beklagten vom 12. Mai 2014 die Diagnose eines lumbospondylogenen Syndroms rechtsbetont bei medianer bis mediolater Diskushernie L5/S1 mit rezessaler Affektion S1 rechts und Tangierung S1 links sowie mässig hypertropher Spondylarthrose L5/S1. Er attestierte im Anschluss an die unfallbedingte eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 9. Dezember 2013 bis 26. Januar 2014 und von 50 % ab 27. Januar bis Mai/Juni 2014 bei noch unklarer Prognose (Urk. 10/13). Mit Zeugnis vom 30. Mai 2014 bescheinigte er eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit für den ganzen Juni 2014 (Beilage zu Urk. 10/16). Die Diagnosen im Bericht der Rheumatologie-Sprechstunde der G.\_\_\_\_ vom 6. August 2014 lauteten wie folgt (Beilage zu Urk. 10/19): - Lumbospondylogenes Schmerzsyndrom aktuell rechtsbetont -

Mediane bis rechts mediolaterale Diskushernie L5/S1 mit recessaler Affektion S1 rechts und Tangierung S1 links, mässig hypertrophe Spondylarthrosen L5/S1 (MRI 11/2013) - MRI-Kontrolle 07/2014: Vorbestehende breitbasige Discusprotrusion LWK5/SWK1 mit Kontakt zur descendierenden S1- Wurzel links am Eintritt in den Rezessus, bildgebend keine Nervenwurzelkompression, Osteochondrose mit Endplattenveränderung vom fettigen Typ - KHK mit Stent-Implantation ca. 2006. Das MRI vom Juli 2014 (vgl. dazu: Urk. 10/61) habe keine Befundverschlechterung im Vergleich zum Ausgangs-MRI gezeigt. Es lägen degenerative Veränderungen der untersten Bandscheibe mit einer Discusprotrusion ohne sichere Nervenwurzelkompression bei tendenziell eher engem Spinalkanal vor. Prinzipiell wäre ein 14-tägiger stationärer Aufenthalt bei dem motivierten, aber verunsicherten Patienten empfehlenswert, um in täglicher Abstimmung mit dem Physiotherapeuten ein auf ihn zu geschneidertes Übungsprogramm zu erarbeiten neben dem doch deutlichen Informationsbedarf im Umgang mit Schmerzen. Dies könne sich der Kläger jedoch zurzeit aufgrund seiner Arbeitssituation nicht einrichten. In der Verordnung zur Physiotherapie vom 6. August 2014 notierte Dr. med. H.\_\_\_\_, Stellvertretende Chefärztin der G.\_\_\_\_, dass aufgrund der intermittierenden Schmerzexazerbationen eine physiotherapeutische Begleitung und Supervision dringend wünschenswert wäre, da auch die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt sei (Beilage zu Urk. 10/19). Dr. B.\_\_\_\_ schloss sich in einem Bericht vom 11. September 2014 der Beurteilung von Dr. Z.\_\_\_\_ hinsichtlich der Frage der Unfallkausalität und der Frage, ab wann die Unfallfolgen als abgeheilt anzusehen seien, an. Die weiteren Abklärungen hätten nun aber eine massive degenerative Veränderung gezeigt, daher seien auch die zeitweilige Verschlimmerung durch den Unfall und die langanhaltende 50%ige Arbeitsunfähigkeit erklärbar. Seine krankheitsbedingte Diagnose eines lumbospondylogenen Schmerzsyndroms werde durch die G.\_\_\_\_ bestätigt, wie auch, dass der Kläger weiteren Therapiebedarf habe. Zusammengefasst halte er an seiner Beurteilung einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit fest (Beilage zu Urk. 10/19). Am 9. Februar 2015 hatte sich der Kläger auf Überweisung von Dr. B.\_\_\_\_ einer Punktion zur direkten periradikulären Infiltration S1 beidseits unter computertomographischer Kontrolle unterzogen (Urk. 10/68). Der beratende Arzt der Beklagten, Dr. H.\_\_\_\_, fügte im Formular zur Vorlage an den beratenden Arzt vom 10. März 2015 eine Notiz zum aufgeführten Sachverhalt und die Begründung, gemäss welcher der Kläger weiterhin arbeitsunfähig sei, an, wonach auf der Basis des „FA GA Z.\_\_\_\_“ keine Arbeitsunfähigkeit mehr vorliege nach dem 28. Februar 2014. Sein Vorschlag lautete dahingehend, dass die Akten auf den aktuellen Stand zu komplettieren seien, eine Besprechung mit dem Case Management erfolgen solle und eventuell eine „FOMA“, mithin eine funktionsorientierte medizinische Abklärung zu prüfen sei (Urk. 10/44). Page 4 of 8 Entscheid: KK.2016.00043

Dr. med. I.\_\_\_\_ der J.\_\_\_\_, wiederholte in einer von der Beklagten angefragten Beurteilung vom 24. März 2015, dass Dr. Z.\_\_\_\_ von einer vollen Arbeitsfähigkeit ab 1. März 2014 ausgegangen sei, dass sich in den späteren Berichten vom

### **E. 5.3.1**

Was die diagnostische Einschätzung anbelangt, rechtfertigen sich aufgrund der oben zitierten medizinischen Aktenlage und dabei insbesondere aufgrund der auf die MRI-Abklärungen vom November 2013 und Juli 2014 gestützten Einschätzungen der G.\_\_\_\_ keine Zweifel daran, dass der Kläger im Anschluss an den Vorfall vom 28. Oktober 2013 an einem lumbospondylogenen Schmerzsyndrom rechtsbetont bei mediolateraler Diskushernie L5/S1 mit recessaler Affektion S1 rechts und Tangierung S1 links bei mässig

hypertrophen Spondylarthrosen L5/S1 gelitten hat. Unbestritten und aufgrund der Aktenlage erstellt ist zudem, dass der Kläger mit der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitszeugnisse von Dr. B.\_\_\_\_ seiner vertraglichen Obliegenheit zum Beweis des Eintritts des Versicherungsfalls im Sinne von Art. 1 ZB nachgekommen ist und dass zumindest bis Ende Februar 2014 aufgrund des lumbospondylogenen Schmerzsyndroms nach der zunächst 100%igen Arbeitsunfähigkeit ab 27. Januar 2014 eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit vorlag. Die Beklagte sprach sich denn auch nicht gegen den Eintritt des Versicherungsfalls mit anschliessender (Teil-) Arbeitsunfähigkeit aus; vielmehr machte sie im Wesentlichen gestützt auf das Gutachten von Dr. Z.\_\_\_\_ geltend, es sei dem Kläger der ihm obliegende Beweis, dass die (Teil)arbeitsunfähigkeit ab 1. März 2014 weiter angedauert habe, nicht gelungen.

### **E. 5.3.2**

Hierauf aber lassen die im Recht liegenden medizinischen Akten nicht schliessen: Ausgangspunkt bilden die weiterführenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von Dr. B.\_\_\_\_ für die Zeit vom 1. März 2014 bis Ende Juni 2015 mit Berichten und Zeugnissen vom 12. Mai 2014 (Urk. 10/13), 30. Mai 2014 (Urk. 10/16),

### **E. 5.3.3**

Die von der Beklagten vorgelegten Beweismittel vermögen keine begründeten Zweifel an den von Dr. B.\_\_\_\_ attestierten Arbeitsunfähigkeiten zu wecken. Namentlich vermag die vertrauensärztliche Beurteilung von Dr. Z.\_\_\_\_ vom 19. Februar 2014 den Beweis, dass die ärztlichen Bestätigungen der Arbeitsunfähigkeit inhaltlich unzutreffend sind, nicht zu erbringen und weckt damit keine Zweifel am Fortbestand der von Dr. B.\_\_\_\_ attestierten Arbeitsunfähigkeit (vgl. obige E. sowie Urteil des Bundesgerichts 4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.3). Entgegen der Darstellung der Beklagten sprach sich Dr. Z.\_\_\_\_ unmissverständlich für eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt der Untersuchung vom 18. Februar 2014 aus (vgl. insbesondere Antwort unter Ziffer 3 des Fragenkatalogs auf S. 10 in Urk. 14/11, aber auch Seite 1 in Urk. 14/11). Damit bestätigte sie im Ergebnis die damals aktuelle Einschätzung von Dr. B.\_\_\_\_, was nicht nur diese, Page 5 of 8 Entscheid: KK.2016.00043

sondern auch die nachträglichen, auf den laufenden Untersuchungen basierenden Beurteilungen von Dr. B.\_\_\_\_ beweisrechtlich stärkt. Die Angabe von Dr. Z.\_\_\_\_, wonach ab 1. März 2014 für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit wieder ein volles Arbeitsvermögen gegeben sei (Urk. 14/11 S. 9), muss angesichts ihrer im Untersuchungszeitpunkt aktuellen Einschätzung der Leistungsfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als Prognose interpretiert werden, zumal sie die Einschätzung in Konnexität zur empfohlenen Steigerung der körperlichen Belastung mittels dreimal täglicher Spaziergänge stellte und damit eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit implizit von einer Verbesserung des Zustandes abhängig machte. Die von ihr angesprochene Verbesserung aufgrund des Wegfalls der pseudoradikulären Schmerzausstrahlungen ins rechte Bein, war gemäss ihrer Anamnese im Untersuchungszeitpunkt bereits seit vier Wochen eingetreten (vgl. Urk. 14/3 und 14/9), mithin ungefähr in der Zeit der von Dr. B.\_\_\_\_ attestierten Steigerung der Arbeitsfähigkeit von 0 auf 50 %, was wiederum die Zuverlässigkeit der Arbeitsfähigkeitsbescheinigungen von Dr. B.\_\_\_\_ verdeutlicht und auch, dass die von Dr. Z.\_\_\_\_ erwähnte Verbesserung des Zustandes – da seit längerem vorgelegen - nicht Anlass für die optimistische Prognose gewesen sein kann. Angesichts der nachträglichen abweichenden zeitechten

Einschätzungen der Arbeitsfähigkeit von Dr. B.\_\_\_\_, welche nach dem oben Gesagten die beweisrechtliche Hürde des Hauptbeweises erbracht haben, fehlen Hinweise, welche darauf schliessen liessen, dass und aus welchem Grund sich die Prognose von Dr. Z.\_\_\_\_ bewahrheitet haben sollte. Eine Nachuntersuchung durch Dr. Z.\_\_\_\_ oder einen andern von der Beklagten beigezogenen Versicherungsarzt fand nicht statt. Offenbleiben kann angesichts dessen, ob das Gutachten von Dr. Z.\_\_\_\_, weil von der Beklagten in der Funktion als obligatorische Unfallversicherung und nicht als Taggeldversicherer eingeholt, eine blosser Parteibehauptung darstellt oder nicht (vgl. dazu BGE 141 III 433 E.2.6 mit Hinweisen), erschüttert doch die Beurteilung von Dr. Z.\_\_\_\_ diejenige von Dr. B.\_\_\_\_ und der G.\_\_\_\_ nicht, sondern stützt diese im Ergebnis gar durch den Umstand, dass Dr. Z.\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Untersuchung dieselbe Arbeitsunfähigkeit bescheinigte wie Dr. B.\_\_\_\_. An dieser Schlussfolgerung vermögen auch die von der Beklagten beim beratenden Arzt Dr. H.\_\_\_\_ und von Dr. I.\_\_\_\_ eingeholten Stellungnahmen, welche klarerweise blosser Parteibehauptungen darstellen, keine Zweifel zu begründen. Dr. I.\_\_\_\_ beschränkte sich in seinem Schreiben vom 24. März 2015 auf eine Wiederholung der Aktenlage, ohne eine eigene Beurteilung vorzunehmen (Urk. 10/46). Seinen auf blosser Aktenkenntnis beruhenden Ausführungen ist angesichts dessen keine beweisrechtliche Bewandnis beizumessen. Dr. H.\_\_\_\_ brachte mit seinem Vorschlag vom 10. März 2015, die Aktenlage zu komplettieren und eine FOMA durchzuführen (vgl. Urk. 10/44), selbst Zweifel am Eintreten der von Dr. Z.\_\_\_\_ ab 1. März 2014 prognostizierten 100%igen Arbeitsfähigkeit an. Seine Ergänzung des von der zuständigen Sachbearbeiterin angefügten Sachverhalts, wonach auf der Basis des Fachgutachtens von Dr. Z.\_\_\_\_ keine Arbeitsunfähigkeit vorliege (Urk. 10/44 S. 1 unten), stellt angesichts dessen, dass er sämtliche Fragen unter der Rubrik „Beurteilung des beratenden Arztes“ unbeantwortet liess und weitere Abklärungen vorschlug (Urk. 10/44 S. 1 ff.), zweifellos keine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit dar. Dass er die Leistungseinstellung per 28. Februar 2014 in seinem Vermerk vom 21. Januar 2016 letztlich dennoch als sachlich nachvollziehbar erklärte, da trotz aktualisierter Aktenlage keine neuen Elemente vorhanden seien (Urk. 10/73), vermag angesichts der fehlenden Begründung und des Umstandes, dass es sich um eine blosser Aktenbeurteilung handelt, keine ernsthaften Zweifel an den Beurteilungen von Dr. B.\_\_\_\_ zu begründen. Zusammenfassend folgt hieraus, dass die vom Kläger behauptete, auch nach dem 28. Februar 2014 andauernde 50%ige Arbeitsunfähigkeit als Folge eines Krankheitsfalles erstellt ist. Gemäss den unter E. 5.2 zitierten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ist bis Ende Oktober 2014 von einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit, ab 1. November 2014 von einer 40%igen und vom 5. Januar 2015 bis 31. Januar 2015 von einer 30%igen Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Die bescheinigten höheren Arbeitsunfähigkeiten ab Februar 2015 bleiben – wie nachfolgend unter Erwägung 5.4 dargelegt – ohne Belang für die Leistungspflicht der Beklagten.

#### **E. 5.4**

Die Beklagte ist gestützt auf Art. 1 und 5 Ziff. 1 ZB verpflichtet, dem Kläger Taggelder vom 1. April bis 31. Oktober 2014 aufgrund einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit und vom 1. November bis 31. Dezember 2014 aufgrund einer 40%igen Arbeitsunfähigkeit zu erbringen. Nach Auflösung des Versicherungsvertrags zwischen der Y.\_\_\_\_ und der Beklagten per 1. Januar 2015 beruht der Taggeldanspruch des Klägers auf seinem Nachleistungsanspruch gemäss Art. 9 Ziff. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 8 Ziff. 1 lit. a AB. Gemäss Art. 9 Ziff. 2 Abs. 2 AB werden die Nachleistungen nur dann erbracht, wenn die Arbeitsunfähigkeit aus gleicher Ursache und höchstens im bisherigen Grad ununterbrochen

andauert. Entgegen den Vorbringen des Klägers (vgl. Urk. 16 S. 9 f.) bietet die Formulierung, wonach die Nachleistungen auf den „bisherigen Grad“ der Arbeitsunfähigkeit beschränkt werden, keinerlei Interpretationsspielraum. Diese Regel erweist sich weder als ungewöhnlich noch als unklar. Eine Mitberücksichtigung vor Beendigung des Vertrages vorgelegener auch höherer Arbeitsunfähigkeitsgrade hätte ohne Weiteres mit der Formulierung „in den bisherigen Graden“ erfolgen können, worauf die Beklagte jedoch verzichtete, was unmissverständlich ist. Damit aber bleibt kein Raum für einen Taggeldanspruch aufgrund eines höheren Arbeitsunfähigkeitsgrades als 40 % für die Zeit ab 1. Januar bis zum gemäss der Dispositionsmaxime zu berücksichtigenden Leistungsende per 30. Juni 2015. Entsprechend trifft die Beklagte eine Leistungspflicht für die Folgen der 50%igen Arbeitsunfähigkeit vom 1. März bis 31. Oktober 2014 und einer 40%igen Arbeitsunfähigkeit vom 1. November 2014 bis 4. Januar 2015. Vom 5. bis 31. Januar 2015 ist entsprechend dem Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 15. Dezember 2014 (Beilage zu Urk. 10/49) von einer lediglich 30%igen Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Die anschliessenden Erhöhungen auf 50 % ab 1. Februar und auf 100 % ab 1. März 2015 und die attestierte Arbeitsunfähigkeit von 50 % ab 1. April 2015 bis zum gemäss Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO; Urteil des Bundesgericht 4A\_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 6) maximal zu berücksichtigenden beantragten Leistungsende am 30. Juni 2015 sind im Lichte von Art. 9 Ziff. 2 Abs. 2 AB lediglich im Rahmen einer 40%igen Arbeitsunfähigkeit zu berücksichtigen. Sämtliche Einwendungen der Beklagten vermögen hieran nichts zu ändern. Insbesondere kann sie ihre Leistungspflicht nicht aufgrund des Umstandes, dass der Kläger den von Dr. H.\_\_\_\_ von der G.\_\_\_\_ empfohlenen stationären Aufenthalt nicht antreten wollte (Beilage zu Urk. 10/19), wegen einer Obliegenheitsverletzung gestützt auf Art. 12 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 10 Ziff. 3 lit. d AB ganz oder teilweise kürzen. Abgesehen davon, dass die Beklagte den Kläger gemäss Aktenlage hierzu weder aufforderte noch im Sinne von Art. 10 Ziff. 4 AB über seine Verhaltenspflichten informierte, handelte es sich Page 6 of 8 Entscheid: KK.2016.00043 lediglich um eine Empfehlung von Dr. H.\_\_\_\_, welcher mit der sodann verordneten ambulanten supervisorischen Physiotherapie offensichtlich eine Behandlungsalternative gegenüber stand.

#### **E. 5.5.1**

Der Kläger hat folglich Anspruch auf ein entsprechendes Taggeld. Was die Höhe desselben anbelangt, sind sich die Parteien grundsätzlich darin einig, dass der als Grundlage für die Bemessung der Taggelder massgebliche AHV-Lohn gemäss Art. 6 ZB Fr. 62'400.-- im Jahr betrug, was zu einem Taggeld bei 100%iger Arbeitsunfähigkeit von Fr. 136.77 führt (Fr. 62'400.--: 365 x 0,8; vgl. Urk. 1 S. 12, 2/22, 8 S. 9). Die Beklagte schuldet dem Kläger für die Zeit der 50%igen Arbeitsunfähigkeit vom 1. März bis 31. Oktober 2014 245 Taggelder, was zu einem Anspruch von insgesamt Fr. 16'754.35 für diesen Zeitraum führt (245 x Fr. 136.77 x 0,5). Für die Zeit vom 1. November 2014 bis 4. Januar 2015 und vom 1. Februar bis 30. Juni 2015 ist dem Kläger eine 40% ige Arbeitsunfähigkeit anzurechnen, was bei 215 Taggeldern zu einem weiteren Anspruch von Fr. 11'762.20 (215 x Fr. 136.77 x 0,4) führt. Unter Berücksichtigung der 27 Taggelder vom 5. bis 31. Januar 2015 und der in dieser Zeit zu berücksichtigenden 30%igen Arbeitsunfähigkeit sind weitere Fr. 1'107.85 (27 x Fr. 136.77 x 0,3) hinzuzuzählen. Insgesamt resultiert damit ein Taggeldanspruch vom 1. März 2014 bis 30. Juni 2015 von Fr. 29'624.40.

#### **E. 5.5.2**

Der anwaltlich vertretene Kläger liess im Rechtsbegehren der Klageschrift vom 25. August 2016 explizit Taggelder für den Zeitraum vom „1.3.2014 bis am 30.6.2015“ beantragen (Urk. 1 S. 2). An diesem Rechtsbegehren liess er sowohl in der Replik vom 30. Dezember 2016 (Urk. 16 S. 1) als auch in der Stellungnahme vom 11. Mai 2017 (Urk. 24 S. 1) ausdrücklich festhalten. Angesichts dieses klaren, in keiner Weise auslegungsbedürftigen Rechtsbegehrens bleibt im Wirkungsbereich der Dispositionsmaxime gemäss Art. 58 ZPO kein Raum für eine Zusprechung weiterer Taggeldleistungen für die Zeit vom 8. Januar bis 28. Februar 2014 aufgrund des falsch berechneten Taggeldansatzes (vgl. diesbezügliche Ausführungen des Klägers in Urk. 1 S. 12; Urteil des Bundesgerichts 4A\_572/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 4.2).

#### **E. 5.6.1**

Der Kläger lässt einen Verzugszins von 5 % seit 30. Oktober 2014 geltend machen (Urk. 1 S. 2 und 13). 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. 5.6.2**

Die AB und ZB der Beklagten (Beilagen zu Urk. 10/1) 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. März 2014 bis 30. Juni 2015 war fortlaufend entstanden. Die Beklagte hat die Zahlung weiterer Taggelder mit Schreiben vom 28. April 2014 definitiv abgelehnt (Urk. 10/11); mit Schreiben vom 29. Januar 2016 bestätigte sie die zuvor mitgeteilte Leistungseinstellung per 28. Februar 2014 lediglich (Urk. 10/10). Fälligkeit und Verzug traten somit ab dem 28. April 2014 ein. Der Verzugszins von 5 % ist daher ab dem mittleren Verfallstag zwischen dem 29. April 2014 und dem 30. Juni 2015 (428 Tage), mithin - wie beantragt - ab dem 30. Oktober 2014 geschuldet.

#### **E. 5.7**

Zusammenfassend ist die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 29'624.40 zuzüglich Zins von 5 % seit dem 30. Oktober 2014 zu bezahlen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen. 6. 6.1 Gemäss Art. 114 lit. e ZPO werden bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine Gerichtskosten gesprochen. Das Verfahren ist kostenlos. 6.2 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 bezüglich des Taggeldanspruchs für die Zeit vom 1. März 2014 bis 30. Juni 2015, unterliegt jedoch bei der Frage hinsichtlich der Höhe des Nachleistungsanspruchs vom 1. Februar bis 30. Juni 2015 und des Anspruchs auf zusätzliche Taggeldleistungen für die Zeit vom 8. Januar bis 28. Februar 2014. Bei einem gerichtlichen Ansatz von Fr. 220.-- zuzüglich Mehrwertsteuer (MWSt) ist dem überwiegend obsiegenden Kläger eine leicht gekürzte Parteientschädigung von Fr. 3'900.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Das Gericht erkennt:

#### **E. 7**

Juli und 6. August 2014 keine Angaben zur Arbeitsunfähigkeit fänden und dass im MRI vom 25. Juli 2014 gegenüber der Voruntersuchung vom 11. November 2013 keine wesentlichen Veränderungen der degenerativen Befunde festzustellen seien. Es seien ihm keine neueren medizinischen Berichte vorgelegen (Urk. 10/46). Mit einem kurzen Bericht vom 10. Juli 2015 hielt Dr. B.\_\_\_\_ fest, dass die Arbeitsunfähigkeit im März 2014 und folgend korrekt und nachvollziehbar sei (Beilage zu Urk. 10/49). In diversen Arbeitsunfähigkeitszeugnissen wie auch im Unfallschein UVG attestierte Dr. B.\_\_\_\_ nach der 100%igen Arbeitsunfähigkeit bis 26. Januar 2014 ab 27. Januar 2014 eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit. Ab 1. November 2014 reduzierte sich die Arbeitsunfähigkeit gemäss Dr. B.\_\_\_\_ auf 40 %. Per 1. Januar 2015 attestierte Dr. B.\_\_\_\_ noch eine 30%ige Arbeitsunfähigkeit, welche sich sodann per 1. Februar 2015 wieder auf 50 % und im März 2015 vorübergehend gar wieder auf 100 % erhöhte, um anschliessend von April 2015 an wieder auf 50 % zu sinken (vgl. Beilagen zu Urk. 10/24, zu Urk. 10/41, zu Urk. 10/43 zu Urk. 10/47, und zu Urk. 10/49). Dr. H.\_\_\_\_ empfahl nach erneuter Vorlage durch die Beklagte am 8. Oktober 2015 eine Neu Beurteilung mit aktuellen Akten (Urk. 10/50). Die Beklagte holte in der Folge weitere Unterlagen ein, so auch den Radiologie-Befund zur MRI- Abklärung der G.\_\_\_\_ vom 25. Juli 2014 (Urk. 10/61). Die G.\_\_\_\_ erklärte zudem in einem kurzen Schreiben vom 20. Oktober 2015, zur Arbeitsfähigkeit und zu den Möglichkeiten einer beruflichen Anpassung oder Reintegration keine Stellung nehmen zu können, da die Behandlung am 6. August 2014 abgeschlossen worden sei (Urk. 10/63). Am 21. Januar 2016 notierte Dr. H.\_\_\_\_, dass trotz aktualisierter Aktenlage keine neuen Elemente vorhanden seien, so dass der Entscheid sachlich nachvollziehbar bleibe (Urk. 10/73).

#### **E. 11**

September 2014 (Urk. 10/19), 5. November 2014 (Beilage zu Urk. 10/24), 19. November und 15. Dezember 2014 (Beilagen zu Urk. 10/41), 26. Januar 2015 (Beilage zur Urk. 10/43), 18. März 2015 (Beilagen zu Urk. 10/47), 6. Mai 2015 (Beilage zu Urk. 10/49) und

10. Juli 2015 (Urk. 10/49). Diese korrespondieren mit seinen Einträgen in der von der Beklagten eingeholten Krankengeschichte (Beilage zu Urk. 10/73). Im Bericht vom 11. September 2014 sprach sich Dr. B.\_\_\_\_ unter Bezugnahme auf die Einschätzung der G.\_\_\_\_ vom 6. August 2014 klar für eine weiterbestehende 50%ige Arbeitsunfähigkeit bei deutlichem Therapiebedarf aus (Beilage zu Urk. 10/19). Unterstützt wird diese Einschätzung durch den Bericht der G.\_\_\_\_ vom 6. August 2014 mit beiliegender Physiotherapieverordnung (Beilagen zu Urk. 10/19) und den Erwägungen zur Zweckmässigkeit eines stationären Aufenthalts, welche mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schliessen lassen, dass Dr. H.\_\_\_\_ von einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit bei bildgebend befundmässig im Wesentlichen unveränderter Situation im Vergleich zu November 2013, als gar noch eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vorlag, ausging. Wie Dr. B.\_\_\_\_ in seinem Bericht vom 10. Juli 2015 (Beilage zu Urk. 10/49) verdeutlichte, ging er anfänglich von einer Diskrepanz zwischen den objektiven und den subjektiven Befunden aus, was er der Beklagten mit Schreiben vom 7. November 2013 auch mitteilte und weshalb er die Durchführung eines MRI empfahl (vgl. Urk. 14/5). Dieser Umstand verdeutlicht, dass es sich vorliegend nicht rechtfertigt, die im Sozialversicherungsverfahren oftmals beachtete allgemeine Erfahrungstatsache, wonach Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (BGE 125 V 351 E. 3b/cc), auf die Beurteilungen von Dr. B.\_\_\_\_ anzuwenden. Dr. B.\_\_\_\_, wohlgermerkt nicht der Hausarzt des Klägers, sondern dessen behandelnder Facharzt (vgl. zur Beweiskraft behandelnder Fachärzte: Urteil des Bundesgerichts 4A\_526/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 2.4), äusserte seine anfänglichen Zweifel an der Objektivierbarkeit der Beschwerden des Klägers gegenüber der Beklagten vorbehaltlos und schloss erst nach Vorliegen der als erheblich einschränkend beurteilten MRI-Befunde auf die Begründetheit und Nachvollziehbarkeit der geklagten Beschwerden, was seinen Einschätzungen Glaubhaftigkeit verleiht. Mit diesen ärztlichen Einschätzungen und Arbeitsunfähigkeitsbeurteilungen hat der Kläger die behaupteten (Teil) Arbeitsunfähigkeiten von März 2014 bis Juni 2015 im Sinne des Hauptbeweises hinlänglich nachgewiesen, wobei – wie der nachfolgenden E. 5.4 zu entnehmen ist – offenbleiben kann, ob nach der Senkung der Arbeitsunfähigkeit auf 40 % ab November 2014, respektive 30 % ab 6. Januar 2015 die neuerliche Erhöhung der Arbeitsunfähigkeit per 1. Februar 2015 auf 50 % und per 1. März 2015 auf 100 % mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt ist.

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