

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20181126\_d\_zh\_o\_01 vom 26. November 2018**

FINMA Versicherungsrecht, 2018-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20181126\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20181126_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20181126\_d\_zh\_o\_01 du 26 novembre 2018

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20181126\_d\_zh\_o\_01 del 26 novembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 1955, erhält seit Juni 2008 eine Viertelsrente der Invalidenversicherung (Urk. 14/114), die von Oktober 2012 bis Februar 2013 auf eine ganze Rente erhöht wurde (Urk. 14/186). Ab 5. Februar 2010 war sie gemäss Arbeitsvertrag vom 5. Februar 2010 mit A.\_\_\_\_ als Serviceangestellte beschäftigt (Urk. 2/5 Ziff. 1). Diese schloss bei der Schweizerischen Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG (nachstehend Mobiliar) per 1. Januar 2012 eine Kollektiv- Krankenversicherung (MobiSana, Police Nr. "...", Versicherungsnehmer: Restaurant Y.\_\_\_\_) ab (Urk. 9/8/1 S. 1). Am 28. April 2012 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 31. Mai 2012 (Urk. 2/6 = Urk. 10/19 = Urk. 10/77 = Urk. 10/125). Gemäss Arztzeugnis zuhanden der Mobiliar vom 2. September 2012 (Urk. 9/3 = Urk. 10/16) befand sich X.\_\_\_\_ seit 17. April 2012 in Behandlung (Ziff. 1) und war vom 31. Mai bis 16. September 2012 zu 100 % arbeitsunfähig (Ziff. 7) sowie vom 31. Mai bis 5. Juni 2012 hospitalisiert (Ziff. 8). Am 23. September 2012 erfolgte die Krankmeldung durch die Arbeitgeberin an die Mobiliar, unter Angabe der 100% igen Arbeitsunfähigkeit seit 31. Mai 2012 (Urk. 9/7 = Urk. 10/15 = Urk. 26/9). Die Mobiliar verneinte mit Schreiben vom 31. Oktober 2012 an die Arbeitgeberin (Urk. 10/39), mit Kopie an X.\_\_\_\_ (Urk. 10/37) ihre Leistungspflicht, ebenso mit Schreiben vom 22. November 2012 (Urk. 2/13 = Urk. 10/93 = Urk. 10/46 = Urk. 26/6). X.\_\_\_\_ forderte die Mobiliar am 10. Oktober 2013 (Urk. 26/21 = Urk. 10/50), am 11. Dezember 2013 (Urk. 10/56), am 10. März 2014 (Urk. 10/59) und am 18. Februar 2016 (Urk. 10/128) zur Leistungserbringung auf. Die Mobiliar verneinte eine Leistungspflicht mit Schreiben vom 20. November 2013 (Urk. 10/54) und vom 24. Februar 2016 (Urk. 10/129). Am 26. Februar 2015 hatte sie den Verzicht auf die Einrede der Verjährung bis 31. März 2016, soweit diese noch nicht eingetreten sei, erklärt (Urk. 9/9 = Urk. 10/63).

### **E. 1.1**

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG). Sie sind privatrechtlicher Natur (BGE 138 III 2 E. 1.1). Kollektive Page 1 of 7  
Entscheid: KK.2016.00064

Krankentaggeldversicherungen werden vom Bundesgericht wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 142 V 448 E. 4.1).

### **E. 1.2**

Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG zuständig (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht; GSVGer; BGE 138 III 2 E. 1.2.2), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 E. 4).

### **E. 1.3**

Nach Art. 87 VVG steht demjenigen, zu dessen Gunsten eine kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu (Urteil des Bundesgerichts 4A\_10/2016 vom 8. September 2016 - in BGE 142 III 671 nicht publizierte - E. 4.1)

### **E. 1.4**

Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten. Der Vertragsinhalt richtet sich häufig nach vorformulierten Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB; Michael Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis, unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg, 1999, S. 23 N 72). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG, das hinsichtlich des (Zusatz-)Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält, eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG).

### **E. 1.5**

Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. So erfolgt denn auch bei den allgemeinen Versicherungsbedingungen die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens nach dem Vertrauensgrundsatz. Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Schliesslich und subsidiär müssen mehrdeutige Klauseln nach der Unklarheitsregel gegen den Versicherer als deren Verfasser ausgelegt werden (BGE 122 III 118 E. 2a).

### **E. 1.6**

Nach Art. 46 Abs. 1 Satz 1 VVG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Während Lehre und Rechtsprechung hierfür ursprünglich den Eintritt des Versicherungsfalls als massgeblich erachtet haben, wird nunmehr in der Praxis je nach Versicherungsart und Leistungsanspruch auf unterschiedliche fristauslösende Ereignisse abgestellt. Dabei lässt die Praxis die Verjährung in der Regel im Zeitpunkt beginnen, in dem die leistungsbegründenden Tatsachenelemente feststehen. Für Krankentaggelder wird die Leistungspflicht des Versicherers ausgelöst durch die krankheitsbedingte, ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit und den Ablauf der vereinbarten Wartefrist. Wenn die versicherte Person fortlaufend die Leistung von Taggeldern verlangen kann, verjähren Taggeldforderungen mit der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Ablauf der Wartefrist nicht gesamthaft, sondern einzeln ab dem Tag, für den sie beansprucht werden (BGE 139 III 418 E. 3 und 4).

## **E. 2**

Am 11. Dezember 2016 erhob X. \_\_\_ Klage (Urk. 1/1) gegen die Mobiliar und beantragte, diese sei zu verpflichten, ihr Fr. 20'949.40 nebst Zins zu 5 % seit 1. Dezember 2012 zu bezahlen (S. 2 Ziff. 1), ferner sei sie zu verpflichten, ihr Schadenersatz von Fr. 15'368.-- nebst Zins zu 5 % seit 25. März 2016 für Parteikosten zu bezahlen (S. 2 Ziff. 2). Die Mobiliar beantragte mit Klageantwort vom 15. Februar 2017 (Urk. 8) die Abweisung der Klage. Am 8. März 2017 (Urk. 13) reichte die Invalidenversicherung aufforderungsgemäss ihre Akten (Urk. 14/1-213) ein. Am 16. März und 3. April 2017 verzichteten die Parteien auf eine Hauptverhandlung (Urk. 16, Urk. 18). Am 29. August 2017 erstattete die Klägerin die Replik (Urk. 25). Am 4. Dezember 2017 erstattete die Beklagte die Duplik (Urk. 35), die der Klägerin am 12. Dezember 2017 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 37). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Die Klägerin machte geltend (Urk. 1/1), beim geltend gemachten Betrag handle es sich um Taggeld aus der von ihrer Arbeitgeberin (auch) zu ihren Gunsten bei der Beklagten abgeschlossenen Taggeldversicherung. Dass sie darin eingeschlossen gewesen sei, habe das Bezirksgericht Affoltern im Entscheid vom 14. Juni 2014 (vgl. nachstehend E. 4.4) festgehalten (S. 4 f.). Sie sei seit 2010 als Serviceangestellte im Umfang von rund 50 % tätig gewesen und wegen einer Knieoperation am 31. Mai 2012 - noch während der Laufzeit des Arbeitsvertrags - zu 100 % arbeitsunfähig geworden (S. 5 f. Ziff. 2). Noch am 18. Februar 2013 sei ihr eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % ab 1. Februar 2013 bis auf Weiteres attestiert worden, und sie habe seither nie mehr die Arbeitsfähigkeit erlangt, insbesondere nicht für eine Service-Tätigkeit im Gastgewerbe (S. 6 f. Ziff. 4). Ihr Taggeld-Anspruch betrage gemäss AVB 80 % des massgebenden Lohnes, mithin Fr. 45.03, dies während 720 Kalendertagen ab 30. Juni 2012 (S. 11 Ziff. 6b). Vom daraus resultierenden Betrag (Fr. 32'421.60) mache sie jedoch nur die eingeklagten Fr. 20'949.40 geltend, um den von der Arbeitgeberin für die fragliche Periode erhaltenen Zahlungen und einer Regressforderung der Arbeitslosenversicherung von Fr. 1'070.-- Rechnung zu tragen (S. 12 Ziff. 7). Ferner begründete sie die von ihr erhobene Schadenersatzforderung (S. 13 ff. Ziff. 9 ff.).

### **E. 2.2**

Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt (Urk. 8), aus näher dargelegten Gründen sei der Taggeldanspruch bis 26. Februar 2013 - entsprechend 272 Taggeldern - verjährt (S. 5 f. Ziff. 6 ff.). Die Operation vom 31. Mai 2012 sei wegen eines lange schon vorher invalidisierenden Gesundheitsschadens erfolgt, dessentwegen der Klägerin schon seit 2008 eine Rente der Invalidenversicherung ausgerichtet werde. Gemäss der einschlägigen AVB-Bestimmung (vgl. nachstehend E. 3.3) bestehe deshalb kein Taggeldanspruch (S. 6 f. Ziff. 9 f.). Sodann äusserte sie sich zur Schadenersatzforderung (S. 8 ff. Ziff. 11 ff.). Zur Bezifferung des allfälligen Taggeldanspruchs machte sie geltend, gemäss ihrer Berechnung würde die Taggeld- Höhe Fr. 32.40 oder Fr. 38.40 betragen (S. 15 Ziff. 23), und es sei nicht belegt, dass die Klägerin während 720 Tagen zu 100 % arbeitsunfähig gewesen sei (S. 15 f. Ziff. 24). Ihr sei das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Vertragsnehmerin nicht bekannt gewesen (S. 18 Mitte), die Klägerin habe nicht zum versicherten Personenkreis der Kollektiv-Versicherung gehört (S. 18 unten).

### **E. 2.3**

In der Replik (Urk. 25) machte die Klägerin geltend, die Rente der Invalidenversicherung ab Juni 2008 sei ihr nicht wegen der 2012 aktuellen Knieproblematik zugesprochen worden (S. 3 Ziff. 5, S. 12 ff. Ziff. 10). Es werde bestritten, dass die von ihr geltend gemachten Ansprüche verjährt seien (S. 4 lit. a). Auch wäre die Verjährungseinrede wegen Rechtsmissbräuchlichkeit nicht hören (S. 4 ff. lit. b). Der von ihr geltend gemachte Taggeld-Ansatz von Fr. 45.03 sei durch die Lohnabrechnung von Mai 2012 (vgl. nachstehend E. 6.1) belegt (S. 21 Ziff. 23). Durch Arztzeugnisse ausgewiesen sei eine Arbeitsunfähigkeit jedenfalls bis 3. Dezember 2015 und im Arztbericht vom 7. Februar 2013 zuhanden der Invalidenversicherung (vgl. nachstehend E. 5.9) sei die Frage, ob mit einer Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit gerechnet werden könne, verneint worden (S. 22 ff. lit. b). Die Reduktion der Forderung von Fr. 32'421.60 auf Page 2 of 7 Entscheid: KK.2016.00064

Fr. 20'949.40 berücksichtige auch die Ausrichtung einer ganzen Rente der Invalidenversicherung von Oktober 2012 bis Februar 2013 (S. 24 lit. c).

#### **E. 2.4**

In der Duplik (Urk. 35) machte die Beklagte unter anderem geltend, das angerufene Gericht sei für die erhobene Schadenersatzforderung sachlich und örtlich nicht zuständig (S. 4 lit. 2b). Die Klägerin gehöre aus näher dargelegten Gründen nicht zum versicherten Personenkreis (S. 4 ff. lit. 2c). Die Rente der Invalidenversicherung sei wegen seit vielen Jahren bestehender Knie- und Gelenksbeschwerden zugesprochen worden (S. 6 ff. Ziff. 3). Sollte der Klägerin ein Taggeldanspruch zugestanden werden, so wäre dieser in näher dargelegtem Umfang verrechnungsweise zu reduzieren (S. 15 Ziff. 18).

#### **E. 3.1**

Mit den Parteien ist davon auszugehen, dass vorliegend die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) Kollektiv-Krankenversicherung, Ausgabe 01.2012 (Urk. 2/1 = 9/8/2), anwendbar sind.

#### **E. 3.2**

Lit. E (Prämie) Ziff. 2 (Deklaration) der AVB (S. 7) lautet unter anderem: Wurde eine provisorische Prämie vereinbart, wird die definitive Prämie auf Grund der vom Versicherungsnehmer jährlich per Ende des Versicherungsjahrs oder nach Auflösung des Versicherungsvertrags zu liefernden Angaben berechnet (Lohnsummendeklaration). Für Personen, für die eine feste Jahreslohnsumme vereinbart wurde, ist keine Lohnsummendeklaration einzureichen. Der Versicherungsnehmer erhält für die Deklaration von der Mobiliar ein Deklarationsformular, das der Mobiliar ausgefüllt innert 30 Tagen zuzustellen ist.

#### **E. 3.3**

Gemäss Lit. L (Deckungsausschlüsse) AVB (S. 9) sind nicht versichert: ... vorbestandene Gesundheitsstörungen (auch deren Verschlimmerung und Rückfälle), soweit sie bei Rentnern, die keine Gesundheitsdeklaration ausfüllen mussten, zum Rentenanspruch geführt haben; Lit. N (Taggeld) Ziff. 3 (Leistungen bei vorbestandene Krankheiten und Gebrechen) Abs. 3 AVB (S. 9) lautet: Rentenbezüger, die ohne vorgängige Gesundheitsprüfung in die Versicherung aufgenommen wurden, sind für alle Krankheiten versichert, die nicht vorbestandene Gesundheitsstörungen (auch deren Verschlimmerung oder Rückfall von vorbestandene Gesundheitsstörungen) betreffen, die zum

Rentenanspruch geführt haben.

#### **E. 3.4**

Lit. P (massgebendes Einkommen und Berechnung der Leistungen) Abs. 3 AVB (S. 10) lautet: Massgebend ist in zeitlicher Hinsicht der unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalls erzielte, auf ein Jahr hochgerechnete Lohn. Bei versicherten Personen mit stark schwankendem Einkommen (z. B. Gehältern auf Umsatz oder Provisionsbasis) wird der Lohn der letzten zwölf Monate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit berücksichtigt. Sollte das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt weniger als ein Jahr angedauert haben, wird der seit Anstellungsbeginn erzielte und auf ein Jahr hochgerechnete Lohn berücksichtigt.

#### **E. 3.5**

Lit. Q (Leistungen Dritter) Abs. 1 AVB (S. 10) lautet: Die Mobiliar kürzt ihre Leistungen soweit sie mit Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung (UVG), der Militärversicherung (MVG), der Invalidenversicherung (IVG), der obligatorischen und überobligatorischen beruflichen Vorsorge (BVG), der Arbeitslosenversicherung (AVIG), einer gesetzlichen Mutterschaftsversicherung, der Haftpflichtversicherung oder entsprechender ausländischer Versicherungsanstalten zusammen das versicherte Taggeld übersteigen.

#### **E. 3.6**

Arbeitsunfähigkeit ist in den AVB definiert als die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten (S. 11 Ziff. 3).

#### **E. 3.7**

In der Police Nr. "... " (Urk. 9/8/1) ist unter anderem festgehalten (S. 2 Mitte): Kollektiv-Krankenversicherung - Alle Arbeitnehmende Betriebsart: Restaurant AHV-Jahreslohnsumme Frauen: CHF 72'000 AHV-Jahreslohnsumme Männer: CHF 0 Versicherter Höchstlohn pro Person: CHF 250'000 Taggeld Versichertes Taggeld: 80 % des versicherten Lohns Wartefrist: 30 Tage je Arbeitsjahr Leistungsdauer: 730 Tage innert 900 Tagen, abzüglich Wartefrist Im Anschluss an die Prämienübersicht wird ausgeführt (S. 2 unten): Die Prämie basiert auf provisorischen Berechnungsgrundlagen. Die definitive Prämie wird aufgrund der jährlich einzureichenden Deklaration berechnet.

#### **E. 4.1**

In einem ersten Schritt ist der Einwand der Beklagten zu prüfen, die Klägerin sei gar nicht bei ihr versichert gewesen (Urk. 8 S. 18).

#### **E. 4.2**

In der am 28. Juli 2011 vom Vorversicherer erteilten Auskunft (Urk. 9/15 = Urk. 10/VA/1) wurde für das Jahr 2009 eine Lohnsumme von Fr. 118'493.-- und für das Jahr 2010 eine solche von Fr. 102'257.-- angegeben (Ziff. 4).

#### **E. 4.3**

In einer Stellungnahme vom 17. Januar 2013 zuhanden der Direktion (Urk. 10/VA/4 = Urk. 26/3) führte der zuständige Mitarbeiter der örtlichen Generalagentur unter anderem aus, er

sei mit der Versicherungsnehmerin und der Köchin die Gesundheitsfragen durchgegangen und habe die beiden Formulare mitgenommen. Für die Teilzeitbeschäftigten habe er Formulare zurückgelassen. Die Versicherungsnehmerin habe ihm mitgeteilt, dass sie einer Service-Angestellten kündigen werde. Ungefähr zwei Wochen später habe sie ihm die noch fehlenden Gesundheitsfragen-Formulare übergeben, die er seiner Meinung nach mit den anderen Unterlagen zur Verbuchung weitergeleitet habe. Allerdings wisse er nicht mehr, ob er ein oder zwei Formulare erhalten habe.

#### **E. 4.4**

Im Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 14. Juni 2016 (Urk. 2/4) wurde unter anderem festgehalten, die Arbeitgeberin sei ihrer Pflicht gemäss Art. 23 des Gesamtarbeitsvertrags für das Gastgewerbe (L-GAV) zum Abschluss Page 3 of 7 Entscheid: KK.2016.00064

einer Krankentaggeldversicherung (auch) zugunsten der Klägerin nachgekommen (S. 13 f. E. 4.6.5); die Arbeitgeberin habe auch eine zureichende Versicherung im Sinne von Art. 23 Abs. 4 L-GAV abgeschlossen und habe es nicht zu vertreten, dass die Versicherung Leistungen verweigere (S. 18 E. 4.8). Die Klägerin habe somit keinen Schadenersatzanspruch aus L-GAV gegenüber der früheren Arbeitgeberin (S. 18 E. 4.8).

#### **E. 4.5**

Der Standpunkt der Beklagten, die Klägerin sei gar nicht bei ihr versichert gewesen, scheidet schon am klaren Wortlaut der Police (vorstehend E. 3.7), in welcher «alle Arbeitnehmende» als Kreis der Versicherten genannt wurden. Dass die Klägerin in einem Arbeitsverhältnis mit der Versicherungsnehmerin stand, ist durch den Arbeitsvertrag vom

#### **E. 4.6**

Der Einwand, die Klägerin sei nicht versichert gewesen, erweist sich damit als nicht stichhaltig.

#### **E. 5**

Februar 2010 (Urk. 2/5) bewiesen. Somit gehörte sie zum Kreis der versicherten Arbeitnehmenden. Ob und in welcher Weise sich die Beklagte zusätzliche Informationen zu den einzelnen beschäftigten (und somit versicherten) Personen verschafft, ist ihre Sache. Sie hat denn auch in den AVB ein entsprechendes Deklarationsverfahren vorgesehen (vorstehend E. 3.2), welches hier wohl im Folgejahr (2013) zum Zuge gekommen wäre. Immerhin war dem für den Vertragsabschluss zuständigen Mitarbeiter der Beklagten offensichtlich klar, dass nebst der Versicherungsnehmerin und der Köchin noch weitere (Teilzeit-) Beschäftigte zum Personal gehörten (vgl. vorstehend E. 4.3).

#### **E. 5.1**

Sodann ist zu prüfen, ob die ab 31. Mai 2012 bestehende Arbeitsunfähigkeit durch eine vorbestandene Gesundheitsstörung, die zur Zusprache einer Viertelsrente der Invalidenversicherung ab 2008 geführt hat, verursacht wurde (Urk. 8 S. 6 f.).

#### **E. 5.2**

Dr. B.\_\_\_\_, Facharzt für Oto-Rhino-Laryngologie sowie für Hals- und Gesichtschirurgie, nannte in seinem Bericht vom 10. Juni 2008 (Urk. 14/64 = Urk. 14/68/9-10) folgende Diagnosen (S. 1 Mitte): - hochgradige, langsam progrediente, sensorineurale Schwerhörigkeit rechts mit ausgeprägter Hyperakusis und einem Tinnitus auris rechts - Morbus Bechterew mit rezidivierenden Oligoarthritis - Status nach

funktionell-endoskopischer Antrotomie und vorderer Ethmoidektomie beidseits August 2002 Dr. C.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, führte in seinem Bericht vom 20. Juli 2008 (Urk. 14/68/2-8) aus, er behandle die Klägerin seit Dezember 1997 (Ziff. 3.1), und nannte folgende Diagnosen (Ziff. 1.1): - Morbus Bechterew mit - rezidivierenden Oligoarthritis, seit 1996 - Status nach Ileosakralgelenk-Arthritis beidseits - chronisches Panvertebralsyndrom - Periarthropathia humero-scapularis (PHS) beidseits und Status nach operativer Revision rechts Oktober 2004 - hochgradige Schwerhörigkeit und Tinnitus rechts, seit Februar 2008 Anamnestisch nannte er seit 1996 wechselnde, schubweise Gelenkschmerzen, zu Beginn vor allem Knie, jetzt auch Wirbelsäule (WS) und periphere Gelenke (Ziff. 3.3). Es handle sich um ein chronisches, eher progressiv verlaufendes Leiden mit schlechter Prognose (Ziff. 3.7).

### **E. 5.3**

Dr. D.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, Regionaler Ärztlicher Dienst (RAD), führte 24. Oktober 2008 unter anderem aus, die Klägerin habe sich im Sommer 2008 erneut angemeldet wegen der Hörverminderung und anhaltenden Beschwerden von Seiten der oberen Extremität. Die Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ohne inadäquate Belastungen der oberen Extremitäten, ohne besondere Ansprüche an die akustische Orientierung und das Hörvermögen, ohne Störlärm, wäre idealerweise praktisch zu erproben (Urk. 14/79). Vom 6. Januar bis 6. Februar 2009 erfolgte eine stationäre berufliche Abklärung, worüber am 18. Februar 2009 berichtet wurde (Urk. 14/89). Darin wurden als Behinderung chronische Beschwerden der oberen Extremitäten sowie eine eingeschränkte Hörfähigkeit und akustische Orientierung genannt (S. 2 unten). Betreffend die Anforderungen an eine angepasste Tätigkeit wurde ausgeführt, die Klägerin brauche viel Bewegung und Positionsänderungen und könne nicht allzu lange im Sitzen arbeiten. Bei körperlich leichten Arbeiten sollte darauf geachtet werden, die Gelenke zu schonen, indem Kraftanstrengungen und stereotype Bewegungen vermieden würden. Es dürften keine hohen Ansprüche an die akustische Orientierung gestellt werden, Umgebungslärm müsse vermieden werden (S. 1 Mitte). Ab Juli 2009 war die Klägerin in einem Restaurant als Servierfrau und Köchin in einem Pensum von 50 % angestellt (Urk. 14/100). Die zuständige Eingliederungsberaterin hielt am 15. Juli 2009 fest, die Klägerin sei somit angemessen eingegliedert. Die Tätigkeit sei nach wie vor in der Gastronomie, jedoch in einem sehr verständnisvollen, hilfsbereiten Umfeld. Bei hohem Kundenaufkommen könne sie Küchenarbeiten verrichten, somit fielen die Hörprobleme weniger ins Gewicht als im vorherigen Restaurant. Auch sei das Restaurant klein, somit die Gehwege kurz. Ins Gartenrestaurant führe eine Treppe von lediglich drei Stufen (Urk. 14/99).

### **E. 5.4**

Mit Verfügung vom 26. März 2010 wurde der Klägerin eine Viertelsrente ab Juni 2008 zugesprochen (Urk. 14/114). Im Begründungsteil (Urk. 14/114/7-10) wurde unter anderem ausgeführt, was folgt (S. 3 Mitte): Aus ärztlicher Sicht ist Ihnen die Ausübung einer Tätigkeit ohne inadäquate Belastung der oberen Extremitäten, ohne besondere Ansprüche an die akustische Orientierung und das Hörvermögen, ohne Störlärm, zu 50 % zumutbar.

### **E. 5.5**

Dr. E.\_\_\_\_, Leitender Arzt Rheumatologie/Osteoporose, Kantonsspital F.\_\_\_\_, führte in seinem Bericht vom

### **E. 5.6**

Dr. G.\_\_\_\_, Leitender Arzt, Orthopädie und Traumatologie, F.\_\_\_\_, nannte in seinem Bericht über die Operation vom 31. Mai 2012 (Urk. 9/10 = Urk. 10/28-29 = Urk. 14/135/8-9 = Urk. 14/137/11-12 = Urk. 14/139/8-9 = Urk. 14/164/4-5 = Page 4 of 7 Entscheid: KK.2016.00064

Urk. 14/165/8-9) als Diagnose eine laterale Femurcondylen-Nekrose rechts und als Operation eine unicondyläre Knieprothese rechts lateral (S. 1 oben).

### **E. 5.7**

Dr. H.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, nannte in seinem Bericht vom 2. September 2012 an die Beklagte (Urk. 10/16) als Diagnosen eine Femurcondylen-Nekrose rechts und eine Spondylarthritis unter aktuell Remicade-Therapie (Ziff. 2). Das Leiden habe sich zirka im Juni 2011 erstmals angekündigt (Ziff. 3). Dr. G.\_\_\_\_, F.\_\_\_\_ (vorstehend E. 5.6), nannte in seinem Bericht vom 26. September 2012 (Urk. 14/135/2-3) folgende Diagnose (S. 1 Mitte): - Status nach unicondylärer Knieprothese rechts lateral 31. Mai 2012 bei - lateraler Femurcondylen-Nekrose - Status nach Glukokortikoid-Therapie Sodann nannte er als Nebendiagnosen eine undifferenzierte Spondylarthritis und eine Schwerhörigkeit rechts nach Hörsturz (S. 1). Dr. E.\_\_\_\_, F.\_\_\_\_ (vorstehend E. 5.5), nannte in seinem Bericht vom 25. Oktober 2012 an die Invalidenversicherung (Urk. 14/13/1-6) folgende Diagnosen (Ziff. 1.1): - undifferenzierte Spondylarthritis - Osteonekrose lateraler Femurcondylus rechts - chronisch rezidivierendes zervikovertebrales Schmerzsyndrom Dr. H.\_\_\_\_ (vorstehend E. 5.7) nannte in seinem Bericht vom 27. Oktober 2012 an die Beklagte (Urk. 10/33) folgend Diagnose (Ziff. 2): - Femurcondylus Nekrose rechts bei bekannter Spondylarthritis aktuell unter Remicade-Therapie / Methotrexat - unicondyläre Knieprothese rechts lateral 31. Mai 2012 Auf die Frage nach der mutmasslichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit führte er aus, eine volle Arbeitsfähigkeit werde aufgrund der Grundkrankheit nicht mehr erzielt werden können, aber es gebe deswegen auch eine (Viertels-) Invalidenrente (Ziff. 4). Die Knieschmerzen hätten sich durch die Operation verbessert (Ziff. 6). In seinem Bericht vom 28. Oktober 2012 an die Invalidenversicherung (Urk. 14/139/1-7) nannte Dr. H.\_\_\_\_ folgende Diagnosen (Ziff. 1.1): - undifferenzierte Spondylarthritis mit rezidivierender Oligoarthritis seit 1996 - ISG-Arthritis beidseits - Status nach Basistherapie mit verschiedenen Medikamenten, aktuell Remicade und Methotrexat - chronisch rezidivierendes zervikovertebrales Schmerzsyndrom bei Status nach Beschleunigungstrauma 1989 - Femurcondylusnekrose rechts mit Status nach Implantation einer unicondylären Knieprothese am 31. Mai 2012 Er attestierte eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % als Servicemitarbeiterin vom 21. Mai bis 30. November 2012 (Ziff. 1.6).

### **E. 5.8**

In einer Aktennotiz vom 31. Oktober 2012 wurde festgehalten, gemäss der Auskunft durch den beratenden Arzt gehe aus dem Operationsbericht hervor, dass der Knochen im Knie aufgrund einer Kortisonspritze zerfressen worden sei. Deshalb sei das Einsetzen einer Prothese notwendig gewesen. Das Kortison sei sicher wegen der Arthritis gespritzt worden, stehe somit klar im Zusammenhang dem Grundleiden Arthritis (Urk. 10/36). Am 8. November 2012 teilte die Beklagte der Klägerin mit, ihr beratender Arzt habe mit Dr. E.\_\_\_\_ ein Telefongespräch geführt. Anlässlich des Gesprächs sei von diesem auch bestätigt worden, dass die Knieoperation eine Folge des Grundleidens, d.h. der Spondylarthritis, sei (Urk. 10/41).

### **E. 5.9**

Dr. E.\_\_\_\_ führte am 7. Februar 2012 gegenüber der Invalidenversicherung aus, die aktuelle Krankheit zusammen mit der Knieproblematik habe die vorbestehende Arbeitsfähigkeit der Klägerin von 50 % im bestehenden Beruf noch weiter eingeschränkt, so dass sie diesbezüglich auch längerfristig nicht mehr arbeitsfähig sein werde (Urk. 14/151 S. 4 unten). Am 8. August 2013 liess Dr. E.\_\_\_\_ der Invalidenversicherung mitteilen, es bleibe bei der Einschätzung vom Januar (richtig: Februar) 2013, wonach die Patientin aufgrund der entzündlich rheumatischen Erkrankung und aufgrund der Knieproblematik in ihrer zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Serviceangestellte bleibend zu 100 % arbeitsunfähig sei (Urk. 14/166).

### **E. 5.10**

Mit Verfügungen vom 14. Mai 2014 sprach die Invalidenversicherung der Klägerin von Oktober 2012 bis Februar 2013 eine ganze Rente (Urk. 14/186/6-10) und ab März 2013 wieder eine Viertelsrente (Urk. 14/186/1-5) zu.

### **E. 5.11**

Die Zusprache einer Viertelsrente ab Juni 2008 wurde mit einer verminderten Belastbarkeit der oberen Extremitäten und Gehörseinbussen begründet (vorstehend E. 5.4). Beschwerden, die von der im November 2011 diagnostizierten Femurkondylus-Nekrose (vorstehend E. 5.5) verursacht wurden, traten erstmals im Juni 2011 auf (vorstehend E. 5.7). Ab diesem Zeitpunkt wurde die Knieproblematik in sämtlichen Arztberichten bis und mit August 2013 (vorstehend E. 5.9) als separate, eigenständige Diagnose aufgeführt, während die Spondylarthritis als weitere oder gar als Nebendiagnose bezeichnet wurde. Probleme mit den oberen Extremitäten wurden - anders als bezogen auf 2008 - keine erwähnt, und es wurde auch in keinem medizinischen Bericht ein Zusammenhang zwischen diesen (oder der Gehörminderung) und der am 31. Mai 2012 erfolgten Knieoperation und der daraus sich ergebenden Arbeitsunfähigkeit hergestellt. In einem einzigen Bericht des Allgemeinpraktikers Dr. H.\_\_\_\_ wurde die Spondylarthritis als Grundkrankheit bezeichnet (vorstehend E. 5.7). Dass der beratende Arzt der Beklagten die Knieoperation als Folge der Spondylarthritis beurteilt haben soll und gemäss dessen Auskunft Dr. E.\_\_\_\_ dem zugestimmt habe (vorstehend E. 5.8), ist nicht rechtsgenügend belegt. Formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche oder telefonische Auskünfte vermögen lediglich Nebenpunkte, namentlich Indizien oder Hilfsstatsachen, zu belegen; Auskünfte von Drittpersonen zu wesentlichen Punkten des rechtserheblichen Sachverhaltes bedürfen grundsätzlich der Form der schriftlichen Anfrage und Auskunft (BGE 130 II 473 E. 4.2). Die fragliche These betrifft klarerweise keinen blossen Nebenpunkt, und es liegen weder eine schriftliche Anfrage noch eine solche Auskunft vor. Davon abgesehen ist die Begründung dafür, soweit bekannt, nicht nachvollziehbar, findet sich doch an keiner Stelle des Operationsberichts (vorstehend E. 5.6) die Erwähnung einer angeblichen Kortisonspritze.

### **E. 5.12**

Die Operation vom 31. Mai 2012 betraf die 2011 festgestellte und diagnostizierte Knieproblematik (Femurkondylus- Nekrose), während die Rente ab Juni 2008 wegen verminderter Belastbarkeit der oberen Extremitäten und einem Page 5 of 7 Entscheid: KK.2016.00064

verminderten Hörvermögen zugesprochen worden war. Es kann mithin keine Rede davon sein, beim 2012 behandelten Leiden habe es sich um die vorbestehende Gesundheitsstörung gehandelt, die zur Rentenzusprache geführt habe. Damit kann sich die Beklagte nicht auf die betreffenden Ausschlussbestimmungen der AVB (vorstehend E. 3.6) berufen und ihr diesbezüglicher Einwand erweist sich als nicht stichhaltig.

6.1 Die Höhe des Taggeldanspruchs ergibt sich aus dem versicherten Verdienst. Dieser entspricht dem unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalles erzielten, auf ein Jahr hochgerechneten Lohn (vorstehend E. 3.4). Ausweislich der Lohnabrechnungen vom Februar 2010 bis April 2012 (Urk. 10/94-121; Mai 2011 bis April 2012: Urk. 2/11-12) wurde nicht ein stark schwankendes Einkommen erzielt, so dass auf den im Mai 2012 erzielten Lohn abgestellt werden kann. Der Bruttolohn im Mai 2012 betrug - wie die Klägerin richtig, wenn auch versehentlich mit unzutreffender Fundstelle, feststellte (Urk. 1/1 S. 11 oben) - Fr. 1'2712.11 (Urk. 10/1 = Urk. 10/122). Damit ist auch ihre Berechnung nicht zu beanstanden, die eine Taggeldhöhe von Fr. 45.03 ergibt. Davon, und nicht von den seitens der Beklagten angeführten tieferen Beträgen (Urk. 8 S. 15 Ziff. 23), ist auszugehen.

6.2 Dr. H.\_\_\_\_ (vorstehend E. 5.7) attestierte eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 31. Mai bis 1. Dezember 2012 (Urk. 10/26 = Urk. 10/32 = Urk. 10/71 = Urk. 2/8 = Urk. 26/12). Dr. E.\_\_\_\_, F.\_\_\_\_, attestierte eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 1. bis 31. Januar 2013 (Urk. 2/9) und sodann, am 18. Februar 2013, ab 1. Februar 2013 bis auf weiteres (Urk. 2/10). Im Februar 2013 führte er gegenüber der Invalidenversicherung aus, die Klägerin werde im bestehenden Beruf auch längerfristig nicht arbeitsfähig sein, was er im August 2013 bekräftigte (vorstehend E. 5.9). Damit ist eine (weitestgehend) durchgehende Arbeitsunfähigkeit von 100 % in der angestammten (versicherten) Tätigkeit vom 31. Mai 2012 bis zum präsumtiven Ende des Leistungsanspruchs (30. Juni 2014) rechtsgenügend nachgewiesen. Der gegenteilige Standpunkt der Beklagten (Urk. 8 S. 15 f. Ziff. 24) erweist sich damit als - nicht nur unbewiesen, sondern - unzutreffend.

6.3 Mit der Klage wurde ein Anspruch im Betrag von Fr. 20'949.70 eingeklagt (Urk. 1/1 S. 2 Ziff. 1). Bei der Taggeldhöhe von Fr. 45.03 (vorstehend E. 6.1) entspricht dies 489 Taggeldern (Fr. 45.03 x 489 = 22'019.70; abzüglich ALV-Leistung von Fr. 1'070.--; vgl. Urk. 1 S. 12 Ziff. 7). Dazu erklärte die Klägerin, sie trage damit unter anderem den von der Arbeitgeberin erhaltenen Leistungen (Urk. 1/1 S. 12 Ziff. 7) und der von Oktober 2012 bis Februar 2013 ausgerichteten ganzen Invalidenrente (Urk. 25 S. 24 Ziff. 27 lit. b) Rechnung. Die beiden von der Gesamtforderung in Abzug gebrachten Positionen betreffen die Zeit bis Februar 2013, so dass sich die effektiv eingeklagte Forderung auf die daran anschliessende Zeit bezieht, nämlich - bei einem insgesamt geltend gemachten Anspruch von 489 Taggeldern - auf die Periode vom 27. Februar 2013 bis 30. Juni 2014.

6.4 Die Beklagte machte geltend, der Taggeldanspruch bis und mit 26. Februar 2013 sei verjährt (Urk. 8 S. 5 f.). Ob dies zutrifft, oder ob das Erheben der Verjährungseinrede allenfalls am Missbrauchsverbot scheitern könnte (Robert K. Däppen, N 9 zu Art. 142 OR, in: BSK-OR, 6. Auflage, Basel), kann offen bleiben. Wie dargelegt (vorstehend E. 6.3) fällt die eingeklagte Forderung in eine Zeitspanne, die nicht mehr von der geltend gemachten Verjährung erfasst wird. Damit dringt die Einrede auf jeden Fall nicht durch.

6.5 Die von der Klägerin beantragte - gemäss den AVB grundsätzlich mögliche (vorstehend E. 3.5) - Verrechnung mit der von Oktober 2012 bis Februar 2013 ausgerichteten ganzen Invalidenrente (Urk. 35 S. 15 Ziff. 18) schliesslich scheitert an der fehlenden zeitlichen Kongruenz zum darauffolgenden Taggeldanspruch (vgl. vorstehend E. 6.3).

7. 7.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Umfang der eingeklagten Fr. 20'949.40 der geltend gemachte Taggeldanspruch der

Klägerin ausgewiesen ist, und dass sich die von der Beklagten dagegen erhobenen Einwände als nicht stichhaltig erwiesen haben. Dies führt zur Gutheissung der Klage und die Beklagte ist antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin Fr. 20'949.40 nebst Zins zu 5 % seit 1. Dezember 2012 zu bezahlen. 7.2 Ein allfälliger - ebenfalls geltend gemachter - Schadenersatzanspruch wäre nicht gestützt auf die Gesetzgebung betreffend Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung zu beurteilen. Da sich die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts jedoch im vorliegenden Kontext auf eben diese Gesetzgebung bezieht (vorstehend E. 1.2) und auch beschränkt, ist diesbezüglich auf die Klage nicht einzutreten.

#### **E. 8**

Der obsiegenden und anwaltlich vertretenen Klägerin steht eine Prozessentschädigung zu, die beim praxisgemässen Stundenansatz von Fr. 220.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) ermessensweise auf Fr. 3'700.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen ist. Das Gericht erkennt:

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