

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20190905\_d\_ch\_b\_02 vom 5. September 2019**

FINMA Versicherungsrecht, 2019-09-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20190905\\_d\\_ch\\_b\\_02](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20190905_d_ch_b_02)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20190905\_d\_ch\_b\_02 du 5 septembre 2019

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20190905\_d\_ch\_b\_02 del 5 settembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vor Bundesgericht sind neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur zulässig, soweit erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG), was näher darzulegen ist (BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123; 134 V 223 E. 2.2.1 S. 226; 133 III 393 E. 3 S. 395). Der Beschwerdeführer reicht mit seiner Beschwerde eine Vielzahl von Akten ein, ohne aufzuzeigen, dass diese Anforderungen erfüllt wären. Nach dem Gesagten sind sie nicht zu berücksichtigen, sofern sie nicht die Verfahrensvoraussetzungen vor Bundesgericht selbst betreffen. Auch soweit der angefochtene Entscheid inhaltlich auf die dem Bundesgericht eingereichten Akten abstellt, bleiben diese unbeachtlich und die im kantonalen Verfahren eingereichten massgebend.

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f.; 134 II 235 E. 4.3.4 S. 241). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie Seite 4

eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116). Soweit eine Verletzung von Grundrechten und kantonalem oder interkantonalem Recht geltend gemacht wird, findet der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen keine Anwendung, sondern es gilt das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG.

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266).

Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Auch für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rü-geprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Der Beschwerdeführer ergänzt teilweise den Sachverhalt, ohne dass die oben dargelegten Voraussetzungen eingehalten sind. So beispielsweise wenn er ausführt, seine Behandlung, beinhaltend die Coxa saltans, habe schon viel länger und nicht erst seit der Behandlung in der E.\_\_\_\_\_ -Klinik angedauert (Hervorhebung im Original) oder, die schleichende Entwicklung einer Coxa saltans verlaufe linear oder er übe seit 27 Jahren den gleichen Beruf als Druckereihelfer aus. Darauf Seite 5

ist nicht einzutreten. Massgeblich ist der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf Taggeldleistungen bei nachgewiesener Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 %. Bei einer Arbeitsunfähigkeitsdauer von mehr als dreissig Tagen wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 8.1.3 AVB). Strittig ist, ob der Schadenfall während der Dauer des Versicherungsschutzes – also bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. April 2017 – eingetreten ist. Der Beschwerdeführer macht nicht mehr geltend, gemäss den AVB würde auch eine Arbeitsunfähigkeit, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aber noch fortdauernder (Nach-)leistungspflicht eingetreten sei, Taggeldleistungen auslösen.

#### **E. 3.1**

Im Rahmen eines Versicherungsvertrags hat die anspruchsberechtigte Person die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs (Art. 39 VVG) zu behaupten und zu beweisen. Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der Versicherungsnehmer insofern eine Beweiserleichterung, als er nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat (BGE 141 III 241 E. 3 S. 242; Urteile des Bundesgerichts 4A\_592/2015 vom 18. März 2016 E. 3; 4A\_516/2014 vom 11. März 2015 E. 4.1; je mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer, der einen Versicherungsanspruch geltend macht, trägt also die Beweislast für den Eintritt einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 25 % vor dem 30. April 2017.

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz stellte darauf ab, dass gemäss dem Austrittsbericht der Klinik D.\_\_\_\_\_ vom 20. Februar 2017 zwar eine Coxa saltans diagnostiziert, aber gleichzeitig festgestellt wurde, der Versicherte sei schmerzfrei, und sich in der Beckenübersichtsaufnahme eine Coxa Valga-Stellung ohne pathologischen Wert gezeigt habe. Zudem habe der

Beschwerdeführer selber in der Klage nicht geltend gemacht, die Coxa saltans sei bereits der Grund für die Arbeitsunfähigkeit ab 31. August 2016 gewesen. Vielmehr habe er durch seine Rechts- schutzversicherung mit Schreiben vom 6. Februar 2018 ausführen lassen, die Coxa saltans sei seit Mitte 2017 symptomatisch, seit Mai 2017 sei er deswegen in Behandlung. Auch die Klinik E.\_\_\_\_\_ habe das erste Arbeitsunfähigkeitszeugnis wegen der Coxa saltans erst per 20. Juni 2017 ausgestellt. Seite 6

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer erachtet den Austrittsbericht der Klinik D.\_\_\_\_\_ als widersprüchlich in den Diagnosen, was auch zu Unrecht dazu geführt habe, dass ihm unterstellt worden sei, es sei vor allem die Kränkung über die Kündigung vom 29. August 2016 gewesen, die zu den beklagten Schmerzen geführt hätte. Es könne nicht angenommen werden, dass sich seine Beschwerden in so kurzer Zeit chronifiziert hätten. Er bestreitet vorerst, dass anfangs Februar 2017 die Coxa saltans noch keine Arbeitsunfähigkeit begründet habe. Dann führt er aber aus, die E.\_\_\_\_\_ -Klinik habe am 22. Mai 2017 eine ausgeprägte Coxa saltans externa links festgestellt, die zu einer 100 % Arbeitsunfähigkeit geführt habe. Eine Coxa saltans entwickle sich aber schleichend. Wenn die Coxa saltans also im Februar 2017 vorhanden gewesen sei, "aber noch keine Arbeitsunfähigkeit begründete", spätestens im Juni 2017 aber zu einer solchen geführt habe, müsse man davon ausgehen, dass die Arbeitsunfähigkeit in Folge der Coxa saltans Ende April 2017 mindestens 50 % betragen habe. In seinen Ausführungen lässt der Beschwerdeführer zwei Argumenta- tionsstränge einfließen: Er bestreitet einerseits, dass die Coxa sal- tans im Februar 2017 "keine Auswirkungen auf die Befindlichkeit und die Arbeitsfähigkeit" gehabt habe, und argumentiert andererseits (offenbar im Eventualstandpunkt) unter der Prämisse, die Coxa saltans habe damals noch keine Arbeitsunfähigkeit begründet; diese habe sich aber schleichend entwickelt. Mit seinen Vorbringen tut er aber einerseits nicht rechtsgenügend dar, weshalb der Schluss der Vorinstanz auf eine fehlende Arbeitsunfähigkeit am 20. Februar 2017 gestützt auf die klare Aussage im Austrittsbericht der Klinik D.\_\_\_\_\_, wonach keine diesbezüglichen Schmerzen bestanden, willkürlich sein soll. Ob Schmerzen bestehen, kann in der Regel nicht objektiviert werden; vielmehr beruhen solche Angaben regelmässig auf subjektiven Anga- ben des Patienten. Vor allem aber äussert sich der Beschwerdeführer nicht zum Schreiben der ihn vertretenden Rechtsschutzversicherung vom 6. Februar 2018, wonach die Coxa saltans erstmals Mitte 2017 symptomatisch geworden sei. Trifft diese Aussage zu, schliesst dies aus, dass Ende April 2017 in Folge der Coxa saltans bereits eine Ar- beitsunfähigkeit bestand – geschweige denn eine solche von 50 %. Der Beschwerdeführer setzt sich somit mit einem zentralen Argument der Vorinstanz nicht auseinander, weshalb keine rechtsgenügende Rü- ge vorliegt (vgl. E. 2 hiervoor). Es kann der Vorinstanz mithin keine Willkür vorgeworfen werden, wenn sie aufgrund dieser Angaben davon ausging, vor Mitte 2017 hätten keine eine Arbeitsunfähigkeit in ange- passeter Tätigkeit begründenden Beschwerden bestanden. Seite 7

### **E. 3.4**

Der Beschwerdeführer rügt, er habe vorinstanzlich zwei Gutachten beantragt, welche die Entwicklung der Coxa saltans ab Beginn der Ar- beitsunfähigkeit bis zur Festlegung der E.\_\_\_\_\_ -Klinik vom 22. Mai 2017 sowie die einhergehende Arbeitsunfähigkeit hätten abklären sol- len. "Ausmass der Beschwerden und Höhe der Arbeitsunfähigkeit in Prozent" seien durch ein Gutachten zu ermitteln. Die Vorinstanz sei ohne jegli- che Begründung nicht auf die Beweisofferten eingegangen. Darin liege eine Verletzung des Rechts zur

Beweisführung im Sinne von Art. 8 ZGB.

### **E. 3.4.1**

Es trifft zu, dass sich die Vorinstanz zu den beantragten Expertisen nicht äusserte. Sie verzichtete offenbar in antizipierender Beweiswürdigung auf die Abnahme dieses Beweismittels. Der Beschwerdeführer rügt sinngemäss, dass die antizipierende Beweiswürdigung sein Recht auf Beweis verletze. Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache, die es insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel gewonnen hat, nicht zu erschüttern (BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332; 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299; 138 III 374 E. 4.3.2 S. 376). Bei dieser Überlegung hat das Gericht zu unterstellen, das Beweismittel falle zu Gunsten der Partei aus, die es angerufen hat, und spreche dafür, dass die zu beweisende Behauptung zutrifft (vgl. Urteile 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.1.1; 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1.1). Von einer antizipierten Beweiswürdigung ist ebenfalls die Rede, wenn das Gericht einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder die Tauglichkeit abspricht, um die behauptete Tatsache zu erstellen, zu deren Beweis es angerufen wurde. Das Gericht verzichtet diesfalls darauf, das von ihm als untauglich eingestufte Beweismittel abzunehmen – und zwar losgelöst von seiner Überzeugung hinsichtlich der Verwirklichung der damit zu erstellenden Tatsache, also insbesondere auch bei offenem Beweisergebnis (zit. Urteile 4A\_66/2018 E. 2.1.2; 4A\_427/2017 E. 5.1.1; je mit Hinweisen). Oftmals liegt eine Kombination vor, indem einem Beweismittel mit zweifelhafter Tauglichkeit die Eignung abgesprochen wird, eine aufgrund anderer Beweismittel bereits gewonnene Überzeugung noch erschüttern zu können (so etwa in den Urteilen 5A\_708/2014 vom 23. März 2015 E. 2; 4D\_93/2010 vom 27. Oktober 2010 E. 3.2). Je Seite 8

fraglicher also die Tauglichkeit eines Beweismittels erscheint, desto weniger ist dieses auch geeignet, beim Gericht Zweifel an einer bereits gewonnenen Überzeugung zu wecken und selbige wieder in Frage zu stellen. Aufgrund dieser Relation zwischen beiden Varianten wird in der Praxis häufig auf eine nähere Abgrenzung verzichtet (zit. Urteil 4A\_427/2017 E. 5.1.1). Auch eine antizipierte Beweiswürdigung prüft das Bundesgericht aber nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür (BGE 138 III 374 E. 4.3.2 S. 376; 131 I 153 E. 3 S. 157; 119 Ib 492 E. 5b/bb S. 505 f.), soweit nicht der Umfang des bundesrechtlichen Anspruchs auf Beweis oder rechtliches Gehör, sondern lediglich die konkrete Beweiswürdigung zu beurteilen ist (vgl. zit. Urteil 4A\_66/2018 E. 2.1.1).

### **E. 3.4.2**

Das Gutachten hätte sich auch nach Auffassung des Beschwerdeführers nicht allein zum schleichenden Anstieg der Coxa saltans äussern müssen, sondern – was allein entscheidewesentlich war – zum Ausmass der Schmerzen per 30. April 2017. Es hätte dabei feststellen müssen, dass diese mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Ausmass angenommen hatten, das eine über 25 %ige Arbeitsunfähigkeit in angepasster Tätigkeit begründet hätte. Die Vorinstanz kam aufgrund anderer Beweismittel bzw. der früheren Angaben des Beschwerdeführers selber (E. 3.3 zweiter Abs. hiervor) zur Überzeugung, dass vor Mitte 2017 keine Arbeitsunfähigkeit in angepasster Tätigkeit bestand und nahm offenbar an, eine rückwirkende Beurteilung des (genauen) Ausmasses von behaupteten Schmerzen sei kaum möglich und würde an dieser ihrer so gefundenen Überzeugung auch

nichts ändern. Das ist offensichtlich nicht willkürlich.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, die von der Beschwerdegegnerin eingeräumte Übergangsfrist von drei Monaten bis 31. August 2017 als zu kurz. Dass grundsätzlich eine Pflicht zur Umstellung auf eine leidensangepasste Tätigkeit bestand, bestreitet er nicht (mehr), jedenfalls nicht rechtsgenügend. Da ihm bereits gekündigt war, als die Arbeitsunfähigkeit eintrat, hätte er im Übrigen ohnehin eine neue Tätigkeit suchen müssen.

#### **E. 4.1**

Hinsichtlich der Frist macht er geltend, die Vorinstanz habe darauf abgestellt, dass der Beschwerdeführer ja ohnehin ungelernt sei und deshalb jede Hilfsarbeitertätigkeit annehmen könne. Sie übersehe dabei, dass er während 27 Jahren den gleichen Beruf als Druckereihelfer ausgeübt habe und sich dadurch auch eine grosse Fertigkeit angeeignet habe. Die Vorinstanz verkenne auch, dass eine Coxa saltans gerade einen grossen Teil der Tätigkeiten eines Hilfsarbeiters verunmöglichen würde, da Arbeiten im Stehen und Gehen gerade nicht möglich seien. Sie habe auch ausser Acht gelassen, dass ihm die E.\_\_\_\_\_ -Klinik im Juni 2017 eine 100 % Arbeitsunfähigkeit bescheinigt habe. Es sei ihm daher gar nicht möglich gewesen, innerhalb der kurzen Frist eine geeignete Arbeit zu finden.

#### **E. 4.2**

Bei der Bemessung der Übergangsfrist für einen Berufswechsel handelt es sich um einen Ermessensentscheid (Urteile 4A\_73/2019 vom 29. Juli 2019 E. 3.3.1 mit Hinweis). Ermessensentscheide prüft das Bundesgericht grundsätzlich frei, es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig erweisen (BGE 132 II 117 E. 2.2.5 S. 121; 130 III 28 E. 4.1 S. 32; je mit Hinweisen). Gemäss Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG muss dem Versicherten zusammen mit der Abmahnung zum Berufswechsel eine angemessene Übergangsfrist eingeräumt werden, während derer er sich anpassen und eine neue Stelle finden kann. Diesbezüglich hat sich in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung eine Frist von 3-5 Monaten etabliert, welche auch im Rahmen von Krankentaggeldversicherungen Gültigkeit beansprucht (BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531 f.; zit. Urteil 4A\_73/2019 E. 3.3.2; Urteile 4A\_574/2014 vom 15. Januar 2015 E. 4.1; 4A\_304/2012 vom 14. November 2012 E. 2.3, nicht publ. in: BGE 138 III 799; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz legte dar, dem Beschwerdeführer sei seit dem 21. Februar 2017 eine leidensangepasste Tätigkeit theoretisch zumutbar gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe ihm ab ihrer Information vom 19. Mai 2017 bis Ende August 2017 etwas mehr als drei Monate bzw. sechs Monate ab Erreichen der Arbeitsfähigkeit eingeräumt. Zu beachten sei auch, dass ihm die Klinik D.\_\_\_\_\_ dringend empfohlen habe, die Stellensuche intensiv zu betreiben. Dass innert der Frist bis Ende August 2017 "ggfs. eine zusätzliche

Einschränkung infolge des symptomatisch Werdens der Coxa saltans" hinzugetreten sei, habe unberücksichtigt zu bleiben, da es sich dabei wie dargelegt nicht um ein versichertes Risiko handle. Seite 10

Dieses zuletzt genannte Argument ist (abgesehen davon dass, soweit der Beschwerdeführer wegen der Coxa saltans unabhängig vom versicherten Ereignis arbeitsunfähig gewesen sein sollte, ein daraus resultierender Verdienstausschlag grundsätzlich nicht durch dieses verursacht war) nicht zutreffend. Zwar war die Coxa saltans bzw. die dadurch ausgelöste Arbeitsunfähigkeit kein versichertes Risiko. Für die Dauer der Übergangsfrist kann es aber eine Rolle spielen, wenn ein Versicherter nach Ablauf der Versicherungsdeckung erneut gesundheitlich eingeschränkt wird, weil das die Aufnahme einer neuen Arbeitstätigkeit erschweren kann. Die Vorinstanz hat offenbar daran gezweifelt, dass ab dem 20. Juni 2017 tatsächlich eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bestanden habe (vgl. "ggfs."). Darauf muss indessen nicht weiter eingegangen werden. Denn die Vorinstanz hat jedenfalls im Ergebnis kein Ermessen missbraucht. Gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt (vgl. E. 2.2 hiervor) hat der Beschwerdeführer in der Klage ausgeführt, er habe sich im Mai 2018 zu einer konservativen Behandlung bei einem Chiropraktiker entschieden. Dies habe soweit Fortschritte gebracht, dass er am 3. September 2018 wieder eine Vollzeitstelle als Printmedienverarbeiter habe aufnehmen können. Der Beschwerdeführer hat damit gezeigt, dass er trotz nicht durchgeführter Operation bei geeigneter Therapie innert Kürze in der Lage war, eine neue Stelle zu finden. Nachdem er selber davon ausgeht, die Coxa saltans habe sich schleichend verschlimmert (und nicht etwa verbessert), ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz ihm für den Zeitraum von Mitte Mai bis Ende August 2017 Vergleichbares ebenfalls zumutete.

## **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG und Art. 68 Abs. 2 BGG). Seite 11

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