

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2011.00009

vom 11. Oktober 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-10-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2011.00009

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2011.00009 du 11 octobre 2013

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2011.00009 del 11 ottobre 2013

Erwägungen

E. 1

= Urk. 2/9).

E. 1.1

Gemäss Art. 12 Abs.

E. 1.2

Das grundsätzlich anwendbare VVG enthält ausser in Art. 87 VVG keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld. Es sind deshalb vorab die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien massgebend.

Die zur Diskussion stehende Taggeldversicherung erklärt neben dem Versicherungsantrag die Bestimmungen der Versicherungspolice zur Lohnausfallversicherung für Unternehmen VVG (Urk. 17/1-2) und die von diesen ergänzend für anwendbar erklärten Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe 2008 (Urk. 13/92), sowie die Besonderen Bedingungen gemäss Anhang (Urk. 17/1 S. 5, Urk. 17/2 S. 3) für massgebend (AVB Ziff.

E. 1.3

Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit sieht die von den Parteien vereinbarte Gerichtsstandsvereinbarung in Ziff. 13 der AVB (Urk. 13/92) vor, dass die klagende Partei unter anderem das Gericht an seinem schweizerischen Wohnort anrufen kann. In Anbetracht des Wohnsitzes des Klägers in Zürich ist somit auch die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts gegeben. 2.

E. 2

Mit Replik vom 1. März 2012 änderte X.____ seine Klage einerseits in zeitlicher Hinsicht, indem er einerseits nunmehr Antrag stellte auf Bezahlung von Krankentaggeldern für die Zeit von Februar 2010 bis am 26. April 2011, und andererseits - in Folge der zwischenzeitlich erhaltenen Leistungen der Invalidenversicherung - die eingeklagte Summe auf Fr. 51'477.80 reduzierte (Urk. 28 S. 2). Die Sympany erneuerte in der Duplik vom 11. Mai 2012 ihr auf Klageabweisung schliessendes Rechtsbegehren (Urk. 36). Davon wurde X.____ am 14. Mai 2012 Kenntnis gegeben (Urk. 37).

E. 2.1

Der Kläger machte in seiner Klage vom 19. November 2010 (Urk. 3) - ausgehend von einem Taggeldanspruch von Fr. 231.12 bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % - folgende Taggeldansprüche in der Höhe von insgesamt Fr. 59'744.50, zuzüglich Zins zu 5 %, geltend: - Februar 2010: 28 Taggelder bei Arbeitsunfähigkeit von 50 % ; Fr. 3'235.70 ; -

März bis September 2010: 214 (153 + 61) Taggelder bei Arbeitsunfähigkeit von 100 % ; Fr. 49'459.65 (Fr. 35'361.35 + Fr. 14'098.30); - Oktober bis November 2010: 61 Taggelder bei Arbeitsunfähigkeit von 50 % ; Fr. 7'049.15 .

Zur Substan z iierung führte der Kläger aus, er habe bei der Y.____

gearbeitet und sei über diese bei der Beklagten kollektiv-tag geldversichert gewesen. Nach Eintritt seiner Arbeitsunfähigkeit im April 2009 sei das Arbeitsverhältnis per 30. November 2009 aufgelöst worden (vgl. Urk. 40/10/ 1 Ziff. 2.1, Urk. 40/10/7). Die Klägerin habe zunächst die Taggelder bezahlt, diese indes im Februar 2010 auf 50 % reduziert (vgl. Urk. 40/14/31-39) und ab März 2010 ganz eingestellt. Die geltend gemachten Arbeitsunfähigkeiten seien durch die Gutachten und Befunde der Z.____ (vgl. Urk. 13/21, Urk. 13/42/4-7) sowie durch die Berichte des behandelnden Dr . med. A.____ , Spezialarzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH (vgl. Urk. 13/16, Urk. 13/39), wie auch durch die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse seiner Hausärztin belegt. Der Kläger stellte hingegen in Abrede, dass auf die durch die Beklagte eingeholten Berichte von Dr. med. B.____ , Facharzt für Psy chiatrie und Psychotherapie, vom 30. August 2009 (Urk. 13/18) und von Dr. med. C.____ , FMH Physikalische Medizin und Rehabilitation, Rheu matologie, vom 18. Januar 2010 (Urk. 13/32) abgestellt werden könne (Urk.

E. 2.2

Die Beklagte stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, auf die Berichte von Dr . B.____ und Dr. C.____ sei abzustellen.

Dr. B.____ habe keine psychi sche Störung, sondern eine Begehrenshaltung erhoben. Dr. C.____ habe aus rheumatologischer Sicht keine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Mithin bestritt die Beklagte, dass aufgrund der medizinischen Aktenlage für die Zeit ab 1. Februar 2010 eine Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen sei (Urk. 12 S. 2 f.).

Zur Höhe des Taggeldes führte sie aus, dass dieses bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % Fr. 184.90 betrage; dies in Anbetracht des vom Arbeitgeber in der Krankheitsanzeige vom 27. Mai 2009 gemeldeten versicherten Verdienstes von jährlich Fr. 84'360.-- (= Fr. 6'360.-- x 13 + Fr. 140.-- x 12; vgl. Urk. 13/3) und angesichts des gemäss Versicherungspolice versicherten Lohns von 80 % (Urk. 17/1-2 je S. 2). Mit Blick auf die Verzugszinspflicht machte die Beklagte geltend, dass diese frühestens am Folgetag des Monats beginne, für den die Taggeldleistungen geschuldet seien (Urk. 12 S. 4 unten). Schliesslich verlangte sie, dass die Überentschädigungsgrenze von 80 % des versicherten Lohnes zu berücksichtigen und deshalb die Leistungen der Invaliden- und Arbeitslosen versicherung festzustellen und in Abzug zu bringen seien (Urk. 12 S. 5).

Die massgebenden Versicherungspolice reichte die Beklagte auf die gerichtli che Aufforderung vom 26. August 2011 hin (Urk. 14) ein (Urk. 16-17).

E. 2.3

Mit Replik vom 1. März 2012 (Urk. 28) reduzierte der Kläger seine ursprüngliche Forderung auf Fr. 51'477.80 . Dabei anerkannte er einerseits das

durch die Be klagte

- bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100 %

- auf Fr. 184.90 bezifferte Tag geld

(S. 4). Andererseits ergänzte er seine Forderung in zeitlicher Hinsicht um die seit der Klageerhebung zusätzlich bis am 26. April 2011 fällig gewordenen Taggelder. Im Weiteren anerkannte er die Vorbringen der Beklagten insoweit, dass die zwischenzeitlich mit Verfügung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV Stelle, vom 20. Februar 2012 für die Zeit vom 1. November 2010 bis 30. April 2011 zugesprochene halbe Invalidenrente (vgl. Urk. 29/2 = Urk. 40/61) von den geschuldeten Krankentaggeldern abzuziehen sei (S. 4); die ursprüngliche Taggeldforderung vermindere sich demzufolge um die Invalidenrenten von monatlich Fr. 1'114.-- (November/Dezember 2010) respektive von Fr. 1'134.-- (Januar bis April 2011; vgl. Urk. 29/2).

In Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit übernahm der Kläger replicando - ausgenommen für die Zeit vom 1. Februar bis 26. April 2011, in der er anders als die IV-Stelle nicht von einer Arbeitsunfähigkeit von 34 % (vgl. dazu nach folgende E. 4.12), sondern von 30 % ausging - die Feststellungen der IV Stelle und forderte die Bezahlung von Taggeldern in der Höhe von insgesamt Fr. 51'477.80, welcher Betrag sich ausgehend vom Taggeld von Fr. 184.90 folgen dem assen zusammensetzt (Urk. 28 S. 2): - Februar 2010: 28 Taggelder bei Arbeitsunfähigkeit von 100 %, wobei die Beklagte für die Arbeitsunfähigkeit von 50 % bereits Taggelder ausgerichtet hat, so dass noch Fr. 2'588.60 offen sind; - März bis September 2010: 214 Taggelder bei Arbeitsunfähigkeit von 100 %; Fr. 39'568.60; - Oktober 2010: 31 Taggelder bei Arbeitsunfähigkeit von 50 %; Fr. 2'865.95; - November 2010 bis Januar 2011: 92 Taggelder bei Arbeitsunfähigkeit von 50 %, abzüglich Leistungen der Invalidenversicherung von Fr. 3'362.--, so dass noch Fr. 5'143.40 offen sind; - Februar bis 26. April 2011: 85 Taggelder bei Arbeitsunfähigkeit von 30 %, abzüglich Leistungen der Invalidenversicherung von Fr. 3'402.--, so dass noch (richtig) Fr. 1'311.25 offen sind.

Zu den

vernehmlassungsweisen Vorbringen der Beklagten brachte der Kläger vor, dass deren Leistungspflicht während 730 Tagen ab Krankheitsbeginn dauere und damit am 26. April 2011 ende (S. 4). Zur medizinischen Aktenlage führte er aus, dass zwischenzeitlich die IV-Stelle ein Gutachten von Dr. med. D.____,

dipl. -Psych., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, veranlasst habe (vgl. Urk. 29/1 = Urk. 40/43). Gestützt auf dessen Expertise vom 10. August 2011 sei davon auszugehen, dass er, der Kläger, bis am 30. September 2010 zu 100 %, vom 1. Oktober 2010 bis 31. Januar 2011 zu 50 % und hernach bis am 26. April 2011 zu 30 % arbeitsunfähig gewesen sei (S. 6). Eventualiter beantragte der Kläger die Zeugenbefragung und die Durchführung einer mündlichen und kontradiktorischen Verhandlung (S. 6 f.).

E. 2.4

Die Beklagte bestritt mit Duplik vom 11. Mai 2012 (Urk. 36) weiterhin, dass der Kläger bis am 26. April 2011 arbeitsunfähig gewesen sei (S. 2). Das Gutachten von Dr. D.____ vermöge anders als die Berichte von Dr. B.____ und Dr. C.____ nicht zu überzeugen und sei für die ses Verfahren nicht bindend (S. 3). Dabei berief sie sich auf eben diese Schlussfolgerungen ihrer Vertrauensärztin Dr. med. E.____ vom 3. April 2012 (vgl. Urk. 36/3).

E. 2.5

Strittig und zu prüfen ist somit, ob der Kläger für die Zeit vom 1. Februar 2010 bis am 26. April 2011 Anspruch auf (weitere) Taggelder hat.

E. 3

GSVGer). Die Praxis lässt es sowohl im Beschwerde- als auch im Klageverfahren zu, dass darüber hinaus neue Sach begehren gestellt, mithin diese in quantitativer Hinsicht modifiziert werden (Robert Hurst, in: Christian Zünd/Brigitte Pfiffner Rauber, Hrsg., Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich/Luzern 2009, N 6 zu § 18a).

Die Beklagte hat daher die im Rahmen der Replik vorgenommene Änderung der Klagesumme sowie der Klage in zeitlicher Hinsicht zu Recht nicht beanstandet, zumal die Klageänderung in zeitlicher Hinsicht dadurch begründet ist, dass der Kläger die bei Klageeinleitung noch nicht fälligen Leistungen zunächst nicht eingeklagt hatte.

E. 3.1

Dem Begehren des Klägers um Herausgabe der Versicherungspolice kam die Beklagte am 6. September 2011 nach (Urk. 16-17). Der Kläger konnte dazu im Rahmen der Replik (Urk. 28) Stellung nehmen, so dass die Klage insoweit gegenstandslos geworden ist.

E. 3.2

In prozessualer Hinsicht ist festzuhalten, dass gemäss § 18a Abs. 2 GSVGer neue Begehren verfahrensrechtlicher Art und neue tatsächliche Behauptungen sowie die Bezeichnung neuer Beweismittel zulässig sind. Dies gilt sinngemäss auch für das Klageverfahren (§ 18a Abs.

E. 3.3

Der Taggeldanspruch des Klägers ist gemäss den unstreitig anwendbaren Versicherungspolice Lohnausfallversicherung für Unternehmen (VVG; Urk. 17/1-2) und den der Police angehängten Besonderen Bedingungen (Urk. 17/1-2 jeweils letzte Seite) sowie nach den AVB zur Lohnausfallversicherung, Ausgabe 2008 (Urk. 13/92), zu beurteilen. Dabei gehört der Kläger den versicherten Personen „Männer“ an. Für diese sieht die Police eine Leistungsdauer von 730 Tagen, eine Deckungshöhe von 80 % des versicherten Lohnes und eine Wartefrist von 30 Tagen je Fall vor (Urk. 17/1-2 je S. 2).

E. 3.4

Nach Ziff. 8.1.1 AVB (Urk. 13/92) gilt als Krankheit eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert und eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person unter anderem infolge Krankheit ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben. Teilweise Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 Prozent besteht (Ziff. 8.1.4 AVB).

Taggeldleistungen setzen eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person voraus. Rückdatierungen von ärztlichen Zeugnissen und Krankheits- oder Unfallmeldungen sind maximal bis zu drei Tagen möglich (Ziff. 8.1.5 AVB).

Die Bestimmung Ziff. 8.1.4 AVB übernimmt damit

im Wesentlichen die Definition von Art. 6 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), wonach Arbeitsunfähigkeit die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit ist, im bisherigen Beruf zumutbare Arbeit zu leisten. Die

vertragliche Definition von Krankheit (Ziff 8.1.1 AVB) entspricht sodann Art. 3 Abs. 1 ATSG.

E. 3.5

Bezüglich der Auslegung des Vertrages ist vorab anzumerken, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen (BGE 93 II 326 E. 4b S. 326; 123 III 44 E. 2c/ bb ; Fuhrer , in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 33 Rz 77 ff.). Im Übrigen sind vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (vgl. BGE 133 III 681 E. 3.3). Somit bestimmt sich der Inhalt in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 133 III 681 Erw . 3.3; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005 E. 2). Bei der Auslegung von vorformulierten Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.21/2007

vom 20. April 2007 E. 3.1). Bei juristischen Fachausdrücken oder Begriffen, die in der Rechtssprache eine festumrissene Bedeutung haben, gilt vermutungsweise der fachtechnische Sinn (vgl. Stoessel , in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001 , Vorbemerkungen zu Art. 1-3 Rz 24).

Nach Massgabe dieser Auslegungsregeln ist unter Arbeitsunfähigkeit nach Ziff. 8.1.4 AVB grundsätzlich dasselbe zu verstehen, wie unter der Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG.

E. 3.6

Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist (BGE 125 V 256 E. 4). Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person noch zugeordnet werden können (BGE 125 V 256 E. 4 mit Hinweisen; AHI 2002 S. 70 E. 4b.cc).

Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begründet sind (BGE 125 V 351 E. 3a, 122 V 157 E. 1c).

E. 4.1

In der Krankentag-Kontrolle bescheinigte die Hausärztin Dr. med. F.____ , FMH Nephrologie und Allgemeine Innere Medizin, Praxis und Dialyse zentrum, dem Kläger wegen Krankheit eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit vom 27. April 2009 bis 20. September 2010; für die Zeit ab 1. Oktober 2010 attestiert sie eine Arbeitsunfähigkeit

von 50 % , und zwar bis am 20. Oktober 2010 (Urk. 2/4; vgl. auch Urk. 13/1-2, Urk. 13/4-5, Urk. 13/9, Urk. 13/14, Urk. 13/17, Urk. 13/20, Urk. 13/25, Urk. 13/29-30, Urk. 13/35-36, Urk. 13/40, Urk. 13/47, Urk. 13/53, Urk. 13/56, Urk. 13/58, Urk. 13/62, Urk. 13/66) respektive bis am 25. Juli 2011 (Urk. 13/75-78, Urk. 13/82, Urk. 13/87, Urk. 13/91).

Im Bericht vom 18. Juni 2009 diagnostizierte sie eine Depression und eine Diskushernie (DH) C5/6 und C6/7 und verneinte die Frage der Beklagten, ob an der Arbeitsunfähigkeit des Klägers Zweifel bestünden (Urk. 13/10 S. 1-2; vgl. auch Bericht zu Händen der IV-Stelle vom 14. Juni 2010, Urk. 40/17/1-3).

E. 4.2

Am 17. August 2009 berichtete der Psychiater Dr. A.____, der den Kläger seit 6. Februar 2009 respektive seit 27. April 2009 behandelte (vgl. Urk. 13/42/2, Urk. 13/37-38), von einer Bandscheibenläsion im Halsbereich mit Schmerzausstrahlung in die Arme, von Kopfschmerzen verbunden mit vermehrter Nervosität und Schlafstörungen sowie im Zusammenhang mit diesen Störungen und der entsprechenden Arbeitsunfähigkeit von einer chronischen Depressivität. Auf entsprechende Frage verneinte auch Dr. A.____ einen Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit (Urk. 13/16).

In der Folge bescheinigte Dr. A.____ wiederholt eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit seit Februar 2009 (Urk. 13/37, 13/42/2, Urk. 13/48, Urk. 13/52, Urk. 13/57, Urk. 13/60, Urk. 13/63, Urk. 13/65, Urk. 13/70, Urk. 13/72, Urk. 13/74, Urk. 13/83, Urk. 13/86, Urk. 13/90). Im Schreiben zu Händen des Rechtsvertreters des Klägers vom 7. April 2010 bestätigte er seine früheren Angaben und hielt fest, es sei evident, dass der Kläger vor allem unter den chronischen Schmerzen enorm leide. Die Wiederaufnahme einer Tätigkeit sei undenkbar (Urk. 13/42/3).

E. 4.3

Auf Veranlassung der Beklagten untersuchte Dr. B.____ den Kläger am 26. August 2009 und verfasste gestützt darauf sowie auf die überlassenen Akten am 30. August 2009 sein Gutachten (Urk. 13/18).

Der Psychiater erhob keinen Hinweis auf eine depressive oder andere affektive Symptomatik. Er beschrieb den Versuch des Klägers, sich als schwer schmerzgeplagt darzustellen, als ausgesprochen demonstrativ. Dr. B.____ schrieb den Beschwerden schilderungen eine Aggravationstendenz mit entsprechender Begehrenshaltung zu (S. 6 und S. 7-8). Er vermochte in psychiatrischer Hinsicht keine Störung mit Krankheitswert zu erheben, wobei er festhielt, als Psychiater könne er die somatischen Beschwerden nicht einschätzen (S. 8). Dr. B.____ erachtete die Arbeitsfähigkeit sowohl in der bisherigen Tätigkeit als Lastwagenchauffeur als auch in einer leidensangepassten Tätigkeit aus psychiatrischer Sicht nicht als eingeschränkt (S. 9).

E. 4.4

Am 15. September 2009 berichteten die Wirbelsäulenchirurgen der Z.____ an die Hausärztin und erwähnten dabei die im Jahr 2008 durchgeführten Wurzelinfiltrationen C6/7. Sie wiesen zwar eine Wurzelkompression nach, erhoben aber keinen Hinweis auf eine Nervenwurzelirritation und äusserten daher lediglich Verdachtsdiagnosen. Sie empfahlen zudem die weitere Abklärung der Schulterproblematik (Urk. 13/42/5). Im seitens der Beklagten (Urk. 13/19) von der Z.____, Wirbelsäulen chirurgie, beigezogenen Bericht vom

24. September 2009 (Urk. 13/21) wurde Diagnose gestellt auf ein zerviko-spondylogenes / zerviko-zephalales

Schmerzsyndrom. Die Wirbelsäulenchirurgen der Z.____ berichteten, dass sich radiologisch im Bereich der Halswirbelsäule (HWS) eine Diskusprotrusion mit relativer Foramenstenose finde (Ziff. 1-2; vgl. auch Urk. 13/42/5). Sie erachteten eine längere monotone Körperhaltung sowie schwere körperliche Arbeit aus medizinischer Sicht für kontraindiziert. Die Arbeitsfähigkeit hielten sie indes für aktuell nicht beurteilbar (Ziff.

E. 4.5

Am 12. November 2009 veranlasste die Beklagte eine Begutachtung durch Dr. C.____ (Urk. 13/27). Die Rheumatologin verfasste gestützt auf die eigenen Untersuchungen sowie auf die Vorakten am 18. Januar 2010 ihre Expertise (Urk. 13/32).

Sie stellte folgende Diagnosen (Ziff. 4): - AC-Gelenksarthrose linke Schulter - cervico-spondylogenes und cervicozephalales Schmerzsyndrom links bei Verdacht auf ein radikuläres Reizsyndrom bei degenerativer Verengung der Neuroforamina C5/C6 sowie Status nach Wurzelinfiltrationen - leichtgradiges sensibles Karpaltunnelsyndrom beidseits. Sie erachtete den Kläger aus rheumatologischer Sicht als Chauffeur zu 100 % arbeitsfähig. Dr. C.____ schlug vor, der Kläger solle seine Arbeit sukzessive wieder aufnehmen, zunächst für 14 Tage zu 50 % , hernach zu 100 % (Ziff. 5).

E. 4.6

Aufgrund dieser medizinischen Aktenlage anerkannte die Beklagte zunächst die Arbeitsunfähigkeit des Klägers (Urk. 13/24 S. 1 oben; vgl. auch Urk. 13/41) und richtete dementsprechend Taggelder aus (Urk. 13/46, Urk. 29/3). Nach Eingang der Gutachten von Dr. B.____ und Dr. A.____ teilte sie dem Kläger am 5. Februar 2010 mit , gestützt auf diese Gutachten halte sie ihn ab sofort und für die Dauer von 14 Tagen nur noch zu 50 % arbeitsunfähig und danach zu 100 % arbeitsfähig (Urk. 13/33). Dennoch erbrachte sie noch für den ganzen Monat Februar 2010 Taggeldleistungen für eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % . Per 28. Februar 2010 schloss sie den Fall ab (Urk. 13/34).

Für den hier strittigen Zeitraum ab Februar 2010 liegen die folgenden medizinischen Unterlagen im Recht :

E. 4.7

Am 23. Februar 2010 bestätigten die Wirbelsäulenchirurgen der Z.____ nach erfolgloser Schulterinfiltration das bereits früher diagnostizierte Schmerzsyndrom der HWS. Angesichts der zwischenzeitlichen Beschwerdebesserung nach Wurzelinfiltration hielten sie die Foramenstenose als ursächlich für die Beschwerden und erwogen einen operativen Eingriff (Urk. 13/42/6 = Urk. 40/17/23). Am 30. März 2010 empfahlen sie eine neurologische Abklärung (Urk. 13/42/7 = Urk. 40/17/41) und attestierten gleichentags zu Händen des Rechtsvertreters eine seit Behandlungsaufnahme, das heisst angesichts der auf liegenden Arztberichte der Z.____ seit wenigstens September 2009 (vgl. vorstehend E. 4.4) , bestehende

Arbeitsunfähigkeit von 100 % (Urk. 13/42/4).

Die Neurologen der Z.____ diagnostizierten im Bericht vom 23. April 2010 ein chronisches zervikozephalales Schmerzsyndrom mit Zervikobrachialgie links sowie ein depressives Syndrom bei normalen neurologischen Befunden (Urk. 40/17/6-8).

Daraufhin bestätigten die Wirbelsäulenchirurgen am 21. Mai 2010 die bereits früher (vgl. vorstehend E. 4.4) genannten Diagnosen und erwähnten degenerative Veränderungen mit Schwerpunkt C5/C6 und C6/C7 (Urk. 40/17/5).

E. 4.8

Der behandelnde Psychiater Dr. A. ___ attestierte im Zeugnis vom 7. März 2010 für die Zeit ab 6. Februar 2009 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % (Urk. 13/42/2). Am 7. April 2010 beschrieb er ein höchst schmerzhaftes Syndrom im Bereich der Halswirbelsäule, unter welchen Schmerzen der Kläger enorm leide. Die chronische Depressivität und Hoffnungslosigkeit müssten medikamentös behandelt werden. Die Wiederaufnahme einer Tätigkeit sei undenkbar (Urk. 13/42/3). Am 28. Juli 2010 erstattete Dr. A. ___ einen Bericht zu Händen der IV-Stelle. Dort nannte er unter dem (wohl ICD-9) Code 300.4 eine schwere reaktive Depression und attestierte ab 29. Januar 2010 eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit (Urk. 40/19/13).

Im Zeugnis vom 28. September 2010 bescheinigte er in Übereinstimmung mit der Hausärztin (vgl. vorstehend E. 4.1) ab 1. Oktober 2010 noch eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % (Urk. 13/63).

E. 4.9

Nach einer Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit (EFL) am 6. September 2010 (Urk. 40/26/10-23) erstattete Dr. med. G. ___ , Facharzt für Rheumatologie und Innere Medizin, am 15. September 2010 ein Gutachten zu Händen des klägerischen Vorsorgeversicherers, der Schweizerischen National (Urk. 40/25-26).

Gestützt auf die zur Verfügung gestellten und selbst beschafften Vorakten, die am 30./31. August 2010 durchgeführte EFL (vgl. Urk. 40/26/10-23) sowie seine eigene Untersuchung stellte Dr. G. ___ folgende Diagnosen (S. 6): - chronisches zervikovertebrales und zervikospondylogenes Syndrom links - Spondylose und Spondylarthrose der HSW C5-C7 - Periarthropathia

humeroscapularis links - retraktive

Capsulitis (Schultersteife) - anamnestisch AC-Gelenksarthrose und Supraspinatustendopathie. Dazu führte er aus, diese Diagnosen hätten sich durch die differenzierten Abklärungen in der Z. ___ ergeben. Daneben erwähnte er eine stabile hypertensive Herzkrankheit sowie eine Depression. Die degenerativen Veränderungen an der HWS seien bildgebend dokumentiert (S. 7). Dr. G. ___ erachtete kraftaufwändige Bewegungen mit dem linken Arm nur noch für eingeschränkt möglich. Das Be- und Entladen des Lastwagens hielt er nicht für zumutbar. Aus rheumatologischer Sicht sei für die Zeit ab der Facettengelenksinfiltration Mitte Juni (wohl 2008; vgl. Urk. 13/42/5) die Arbeitsfähigkeit zu 33 % eingeschränkt. Für körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeiten ohne Überkopfarbeiten sei der Kläger medizinisch-theoretisch zu 100 % arbeitsfähig (S. 8).

E. 4.10

Am 2. November 2010 erstattete Dr. med. H. ___ , Psychiatrie und Psychotherapie FMH, Klinik Teufen, seine Expertise zu Händen des Vorsorgeversicherers (Urk. 40/37/2-8). Dabei stützte er sich auf die Vorakten sowie die eigenen Untersuchungen (S. 1). Als Diagnose mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit diagnostizierte er eine mittelgradige depressive Episode mit somatischen Symptomen (ICD-10 F32.11), die sich seit Februar

2009 im Rahmen der Anpassungsproblematik schleichend entwickelt habe (S. 5). Der Gutachter attestiert dem Kläger aufgrund des psychischen Leidens eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % seit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses (am 22./27. Januar 2009 vgl. Urk. 40/10/7) für jegliche Tätigkeit. Er empfahl jedoch dringend ein Arbeitstraining im geschützten Rahmen, so dass innerhalb von drei Monaten mit der Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit gerechnet werden könne (S. 6-7).

E. 4.11

Am 10. August 2011 (Urk. 29/1) erstattete Dr. D. ___ sein von der IV-Stelle veranlasstes psychiatrisches Gutachten. Gestützt auf die Vorakten und seine Untersuchung des Klägers diagnostizierte er eine leicht- bis mittelgradige depressive Episode (F32.01/F32.11) und - ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit - eine chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (F45.41; S. 16). Im Vordergrund stünden die seit mindestens sechs Monaten bestehenden Schmerzen, die Leiden und Beeinträchtigungen in sozialen, beruflichen oder anderen wichtigen Funktionsbereichen verursachten. Die psychosozialen Faktoren wie die Arbeitslosigkeit und die ungewisse berufliche Zukunft seien nicht für den Beginn, sondern für die Schwere, die Exazerbationen und Aufrechterhaltung der Schmerzen verantwortlich (S. 16). Dr. D. ___ schloss eine willentliche Herbeiführung oder massive Verdeutlichung der Störung im Sinne einer Aggravation oder Simulation aus (S. 18 unten).

Im Rahmen der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bezog sich der Gutachter auf die Foerster Kriterien und schloss daraus, dass dem Kläger eine Willensanstrengung zur Schmerzüberwindung aus psychiatrischer Sicht erschwert, aber nicht verunmöglicht sei. Er bescheinigte aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsfähigkeit von 70 % in einer den Fähigkeiten und körperlichen Möglichkeiten entsprechenden Tätigkeit (S. 19). Dr. D. ___ präzisierte, dass bei dieser Beurteilung die psychosozialen Faktoren wie Arbeitslosigkeit, ungewisse berufliche Zukunft, geringer Ausbildungsstand, ungünstiges Wiedereingliederungsalter, Dekonditionierung, und laufendes versicherungsrechtliches Verfahren berücksichtigt seien (S. 19 und S. 22).

Rückblickend führte er zur Arbeitsfähigkeit aus, diese habe von Februar 2009 bis Oktober 2010 100 % betragen. Ab Oktober 2010 sei der Kläger zu 50 % beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) angemeldet gewesen (vgl. Urk. 13/62-63, Urk. 13/67). Die Prognose von Dr. H. ___ , wonach nach einer Einarbeitungszeit eine Arbeitsfähigkeit von 100 % zu erreichen sei (vorstehend E. 4.10), habe sich als zu optimistisch erwiesen. Aus psychiatrischer Sicht sei vielmehr von einer Arbeitsfähigkeit von 70 % ab Februar 2011 auszugehen (S. 21, S. 23).

Die von Dr. A. ___ am 28. Juli 2010 diagnostizierte schwere Depression sei im Untersuchungszeitpunkt nicht mehr nachweisbar gewesen. Sie habe sich im November 2010 gebessert (S. 23). In Auseinandersetzung mit den Vorakten legte Dr. D. ___ dar, dass sich das Gutachten von Dr. B. ___ im Vergleich zur Einschätzung durch Dr. A. ___ und durch Dr. H. ___ für ausgesprochen singular erweise, da eine depressive Symptomatik klar ausgewiesen sei (S. 22-24).

E. 4.12

Die IV-Stelle ging in der unangefochten in Rechtskraft erwachsenen Verfügung vom 20. Februar 2012 davon aus, dass der Kläger seit Februar 2009 in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei. Bis im Oktober 2010 sei er für jegliche Tätigkeit zu 100 %

arbeitsunfähig gewesen. Ab November 2010 sei er sowohl in der angestammten als auch in einer Verweistätigkeit zu 50 % arbeitsfähig gewesen; ab Februar 2011 schliesslich sei er in der angestammten Tätigkeit zu 66 % und in einer leidensangepassten Tätigkeit sogar zu 70 % arbeitsfähig gewesen (Urk. 29/2 Verfügungsteil 2 S. 2).

E. 4.13

Die Vertrauensärztin Dr. med . E.____ , Psychiatrie und Psychotherapie FMH, beurteilte die Akten am 30. März 2012 und hielt dafür, die Gutachten von Dr. B.____ und Dr. C.____ seien nachvollziehbar. Dagegen seien die von Dr. D.____ gestellten Diagnosen nur teilweise nachvollziehbar. Er begründe die von ihm attestierte Arbeitsunfähigkeit von 30 % und die dabei berücksichtigten Faktoren der depressiven Episode nicht. Die echtzeitlichen Gutachten seien höher zu gewichten als die retrospektive Einschätzung durch Dr. D.____ . Dr. E.____ stellte den Krankheitswert der erhobenen Beschwerden in Frage und bezweifelte, ob die Beschwerden für eine längere Arbeitsunfähigkeit herangezogen werden können. Weiter meinte sie, die Beschwerden verschafften dem Kläger einen primären Krankheitsgewinn, zumal krankheitsfremde Faktoren (Stellenlosigkeit , Finanzen) mitspielten (Urk. 36/3).

E. 5

und Ziff. 7-8; Fragen vgl. Urk. 13/19).

E. 5.1

Hausärztin Dr. F.____ , die Ärzte der Z.____ , Dr. C.____ wie auch Dr. G.____ gingen in somatischer Hinsicht im Wesentlichen übereinstimmend von einer Diskusprotrusion an der Halswirbelsäule und einem relativen Schmerzsyndrom aus. Dr. C.____ wie auch Dr. G.____ erwähnten darüber hinaus die Schulterproblematik und Dr. C.____ zudem ein beidseitiges Karpaltunnelsyndrom .

Die befassten Ärzte beurteilten hingegen die aus diesen Beschwerden resultierende Arbeitsunfähigkeit unterschiedlich. Während die behandelnde Dr. F.____ im fraglichen Zeitraum ab Februar 2010 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % und ab Oktober 2010 eine solche von 50 % und die Ärzte der Z.____ gar durchgehend eine solche von 100 % attestierten (vorstehend E. 4.1 und E. 4.7), verneinte Dr. C.____ eine Arbeitsunfähigkeit - nach einer 14-tägigen Eingewöhnungszeit - für die hier massgebliche Zeit gänzlich (E. 4.5). Diese Auffassung teilte Dr. G.____ lediglich in Bezug auf eine leidensangepasste Tätigkeit, wohingegen er die angestammte Tätigkeit als Lastwagenchauffeur nur noch im Umfang von 67 % für zumutbar hielt (E. 4.9).

E. 5.2

Die Beurteilung durch Dr. G.____ stützte sich unter anderem auf die Erkenntnisse der EFL, bei welcher der Kläger mit guter Konsistenz mitgewirkt hatte (vgl. Urk. 40/26/14 oben, Urk. 40/26/19). Dabei betrachtete der Gutachter die bisherige Tätigkeit des Klägers differenziert mit Blick auf die körperliche Belastung und führte aus, dass die angestammte Tätigkeit als Chauffeur das Be- und Entladen des Fahrzeuges mitumfasst habe (Urk. 40/26/14, Urk. 40/26/27). Dies stimmt überein mit der Beschreibung der Tätigkeit durch die ehemalige Arbeitgeberin, die Y.____ . Diese gab gegenüber der IV-Stelle an, der Kläger müsse selten über 25 kg, aber manchmal (bis drei Stunden) leichte bis mittelschwere Gewichte heben oder tragen (Urk. 40/10/6).

Inwiefern Dr. C. ___ ihrer Beurteilung diese konkreten körperlichen Anforderungen zu Grunde gelegt hat, ist ihrem Gutachten nicht zu entnehmen. Dieses enthält auch keine Begründung, weshalb aus ihrer Sicht die Arbeitsfähigkeit trotz der auch von ihr aufgrund der bildgebenden Befunde (vgl. Urk. 13/32 Ziff. 3.5) gestellten Diagnosen betreffend die Schulter, die HWS so wie die Hände in der sicherlich nicht leichten Tätigkeit des Klägers überhaupt nicht eingeschränkt sein sollte. Zudem fällt ins Gewicht, dass sie trotz ihres Schlusses betreffend die Arbeitsfähigkeit keinerlei Diskrepanzen zwischen den subjektiven Beschwerden und objektiven Befunden beschrieb und weder von einer Selbstlimitierung, Begehrlichkeit noch von einer übertriebenen subjektiven Beschwerdewahrnehmung sprach - welche Verdeutlichungstendenzen im Übrigen Dr. D. ___

später ausdrücklich verneinte (Urk. 29/1 S. 18). Der Verdacht liegt demnach nahe, dass sich Dr. C. ___ über die körperliche Belastung der klägerischen Tätigkeit nicht vollends im Klaren war, weshalb ihre Beurteilung der Arbeitsfähigkeit diejenige von

Dr. G. ___ nicht zu entkräften vermag.

In Anbetracht der ausgewiesenen Schulter- und HWS-Problematik wie auch des Karpaltunnelsyndroms erweist sich die durch Dr. G. ___

mittels der EFL auch praktisch erprobte Einschränkung von 33 % als Chauffeur als überzeugend und nachvollziehbar.

Diese Beurteilung wird auch durch die Einschätzung der Ärzte der Z. ___ , die am 30. März 2010 zu Händen des Rechtsvertreters eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestierten (Urk. 13/42/4), nicht umgestossen. Dieses Zeugnis lässt jegliche Begründung vermissen und ebenso wenig wie jenes von Dr. C. ___ erkennen, inwiefern der konkreten Tätigkeit des Klägers Rechnung getragen wurde. Mit Blick auf die Berichte der Ärzte der Z. ___ ist überdies zu berücksichtigen, dass die behandelnden Ärzte, wie auch die Hausärzte, mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patientinnen und Patienten aussagen (BGE 125 V 351 E. 3b/cc), so dass ihre Berichte mit Zurückhaltung zu würdigen sind. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Atteste der Hausärztin Dr. F. ___ , deren Arbeitsunfähigkeitszeugnisse darüber hinaus jeglicher Begründung entbehren, weshalb sie nicht überzeugen.

Dr. E. ___ hat den Kläger nicht persönlich untersucht und vermag als Psychiatrin an der fachärztlichen Einschätzung der somatischen Leiden durch Dr. G. ___ keine Zweifel zu erwecken.

E. 5.3

Nach dem Gesagten ist in somatischer Hinsicht auf die nachvollziehbare Beurteilung durch Dr. G. ___ abzustellen. Mit ihm ist zu schliessen, dass wegen des körperlichen Leiden die Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit zu 33 % eingeschränkt und in einer Verweistätigkeit gar nicht eingeschränkt ist.

In zeitlicher Hinsicht führte Dr. G. ___ aus, dass seine am 15. September 2010 abgegebene Beurteilung für den Zeitraum ab Mitte Juni gelte, nachdem die Gelenkinfiltration wirksam gewesen sei (Urk. 40/26/8 Ziff. 5.3). Aufgrund der Akten steht nicht fest, wann die Gelenkinfiltration genau erfolgte. Während sie im Bericht der Z. ___ vom 23. Februar 2010 ohne genauen zeitlichen Bezug erwähnt wurde (Urk. 40/42/6), ist im Bericht vom 15. September 2009 von 2008 die Rede (Urk. 40/42/5).

Damit ist davon auszugehen, dass die Infiltration jedenfalls vor Februar 2010 erfolgte, so dass ab diesem Zeitpunkt aus somatischer Sicht von einer Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit von 67 % auszugehen ist. Dass sich in somatischer Hinsicht in der strittigen Periode bis April 2011 daran etwas geändert haben sollte, ist weder ersichtlich noch behauptet, so dass diese Arbeitsunfähigkeit aus somatischer Sicht für die gesamte hier strittige Periode zu gelten hat.

E. 6.1

Aus psychiatrischer Sicht bescheinigten die Gutachter des Vorsorgeversicherers, Dr. H.____, sowie der IV-Stelle, Dr. D.____, übereinstimmend mit dem behandelnden Psychiater Dr. A.____, dass der Kläger bis September 2010 vollständig arbeitsunfähig gewesen sei. Dr. D.____ attestierte am 10. August 2011 (rückwirkend) von Februar 2009 bis September 2010 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. Im Untersuchungszeitpunkt sowie schätzungsweise ab Februar 2011 betrage die Arbeitsunfähigkeit noch 30

% . Dr. D.____ führte dazu aus, dass eine Willensanstrengung zur Schmerzüberwindung zwar erschwert, aber nicht verunmöglicht sei (vorstehend E. 4.11). Dr. H.____ attestierte am 2. November 2010 zwar eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % seit der Kündigung, doch postulierte er das Erreichen einer vollständigen Arbeitsfähigkeit nach einem Arbeitstraining von drei Monaten (E. 4.10), woraus Dr. D.____ auf eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit per Februar 2011 schloss. Der behandelnde Dr. A.____ bescheinigte bereits ab 1. Oktober 2010 eine Arbeitsunfähigkeit von nur noch 50 % (E. 4.8), wovon auch der Kläger in der Replik ausging (Urk. 28).

E. 6.2

Ausser Dr. B.____ und Dr. E.____ gingen die befassten Ärzte übereinstimmend davon aus, der Beschwerdeführer leide an einer Depression von im Zeitverlauf unterschiedlicher Ausprägung. Dr. A.____ sprach zunächst am 17. August 2009 von einer chronischen Depressivität, zu welcher gemäss Zeugnis vom 7. April 2010 die Hoffnungslosigkeit trat und sich gemäss Bericht vom 28. Juli 2010 zu einer schweren reaktiven Depression entwickelte. Dr. H.____ sprach im November 2010 von einer seit der Kündigung am 27. Januar 2009 (vgl. Urk. 40/10/7) entwickelten, im Untersuchungszeitpunkt am 2. November 2010 mittelgradigen Episode, und am 10. August 2011 diagnostizierte Dr. D.____

eine leicht- bis mittelgradige depressive Episode und beschrieb eine seit der Begutachtung durch Dr. H.____ im November 2010 eingetretene Verbesserung. Die durch Dr. A.____ diagnostizierte schwere Depression konnte Dr. D.____ nicht mehr feststellen (Urk. 2

E. 6.3

Dr. B.____

verneinte in Abweichung zu den übrigen Fachärzten das Vorliegen einer psychischen Störung mit Krankheitswert. Er ging vielmehr von einem demonstrativen Charakter, einer Aggravationstendenz und entsprechender Beherrschung aus (vorstehend E. 4.3). Dabei wies Dr. B.____ auf die vom Kläger beschriebenen somatischen Beschwerden hin und stellte diese in Frage mit dem Hinweis auf die eher vage und inkonsistente Schmerzangabe sowie die beobachtete unauffällige Körperhaltung (Urk. 13/18 S. 6 unten und S. 8 unten). Die Zweifel an den geklagten somatischen Beschwerden, die der Psychiater seiner Beurteilung zu Grunde legte, sind indes durch die Beurteilungen der Somatiker widerlegt (vgl. vorstehend E. 5). Dr. B.____ wurde daher dem Krankheitsbild des Klägers nicht

gerecht, wenn er dessen Verhalten als aggravatorisch wahrnahm und entsprechend würdigte. Er liess sodann vollständig unberücksichtigt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers nach 22-jähriger Anstellung aus gesundheitlichen Gründen Ende Januar 2009 aufgelöst worden war (Urk. 13/3 Ziff. 3; Urk. 40/10/1-7), und äusserte sich insoweit lediglich dahin gehend: „Die ... präsentierte Symptomatik bestand also im ... und einer deutlich zur Schau gestellten ärgerlichen Frustration über die als ungerechnet empfundene erfolgte Kündigung.“ (Urk. 3/18 S. 7). Anders als später Dr. H.____ und Dr. D.____ diskutierte Dr. B.____ nicht einmal die Frage, ob dieses Ereignis geeignet gewesen sein könnte, ein psychisches Leiden zu begründen.

Die Einschätzung von Dr. B.____ vermag daher nicht zu überzeugen, so dass die Beklagte zu Unrecht darauf abgestellt hat. Nichts anderes kann in Bezug auf die Ausführungen von Dr. E.____ gesagt werden. Denn für eine schlüssige psychiatrische Beurteilung ist eine persönliche Untersuchung des Exploranden unabdingbar, welcher Anforderung ihre Aktenbeurteilung offensichtlich nicht genügt.

E. 6.4

Dr. H.____ attestierte am 2. November 2010 aufgrund der diagnostizierten mittelgradigen depressiven Episode eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Nach einem Arbeitstraining von drei Monaten könne mit der Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit gerechnet werden (vorstehend E. 4.10). Dass ein Arbeitstraining

stattgefunden hätte, ist weder ersichtlich noch wird dies geltend gemacht, so dass nicht angenommen werden darf, der Kläger habe ohne Weiteres seine Arbeitsfähigkeit wieder erlangt.

Dr. D.____ seinerseits attestierte in Übereinstimmung mit Dr. H.____ wie auch mit dem behandelnden Dr. A.____ rückwirkend bis im Oktober 2010 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (vorstehend E. 4.11), wovon auszugehen ist. Damit steht im Übrigen im Einklang, dass die Invalidenversicherung

bis dahin eine ganze Invalidenrente zugesprochen hat.

E. 6.5

Aufgrund der Aktenlage ist weiter davon auszugehen, dass es in der Folge zu einer Besserung des depressiven Zustandsbildes sowie einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit gekommen ist. Zum Zeitpunkt, ab welchem eine Verbesserung angenommen werden kann, führte Dr. D.____ im August 2011 aus, die im Juli 2010 von Dr. A.____ diagnostizierte schwere Depression sei nicht mehr feststellbar gewesen. Er legte das Gutachten H.____ dahin gehend aus, dass die Arbeitsfähigkeit - nach dem postulierten dreimonatigen Arbeitstraining - ab Februar 2011 gestiegen sei, aber nicht wie Dr. H.____ meinte auf 100 %, sondern lediglich auf 70 %.

Ausgewiesen ist, dass der Kläger seit Oktober 2010 zu 50 % beim regionalen Arbeitsvermittlungszentrum zur Arbeitsvermittlung angemeldet

war (vgl. Urk. 13/64, Urk. 13/67, Urk. 29/1 S. 11 oben; Urk. 40/37/4 unten; Urk. 55, Urk. 56/61, Urk. 56/113-115). Dazu führte Dr. D.____ in anamnestischer Hinsicht aus, dass sich der Kläger seit der Anmeldung beim RAV jeweils am Morgen im Atelier oder mit Kursen beschäftige und bei intaktem Freundeskreis auch gelegentlich Kollegen treffe (Urk. 29/1 S. 11). Dies lässt darauf schliessen, dass es dem Kläger aus objektiver Sicht nicht erst

seit Februar 2011, sondern bereits ab Oktober 2010 zumutbar war, trotz seines zwar anhaltenden, aber dennoch regredienten psychischen Leidens seine von Dr. A.____ auf 50 % bezifferte Rest arbeitsfähigkeit zu verwerten. Davon ging im Übrigen auch die behandelnde Dr. F.____ aus, die ihrerseits ab Oktober 2010 eine Arbeitsfähigkeit von 50 % bescheinigte .

Da der Kläger in der Replik für die Zeit von Oktober 2010 bis Januar 2011 Taggel der für eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % verlangte (Urk. 28 S. 2), kann offen bleiben, ob für diesen Zeitraum gestützt auf Dr. H.____ und Dr. D.____ allenfalls eine zurückhaltendere Einschätzung der Arbeitsfähigkeit hätte Platz greifen können. Die vom Kläger behauptete Arbeitsunfähigkeit von 50 % für die Zeit ab Oktober 2010 ist jedenfalls ausgewiesen.

E. 6.6

Für die Zeit ab Februar 2011 berief sich der Kläger auf die Expertise von Dr. D.____ , der ab diesem Zeitpunkt eine Arbeitsfähigkeit von 70 % bescheinigte (Urk. 29/1 S. 21; Urk. 28 S. 2). Dem Kläger ist beizupflichten, dass das Gutachten von Dr. D.____ die von der Rechtsprechung geforderten Kriterien für die Beweistauglichkeit (vgl. vorstehend E. 3.6) erfüllt und insbesondere nachvollziehbar begründet ist. Dr. D.____ stützte sich auf seine eigenen Untersuchungsergebnisse, setzte sich ausführlich mit den Vorakten auseinander und seine Schlussfolgerungen erweisen sich als überzeugend .

Den Vorbringen der Beklagten, dem Gutachten von Dr. D.____ komme kein Beweiswert zu, weil seine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit retrospektiv erfolgte und damit weniger Gewicht habe als die echtzeitliche Expertise von Dr. B.____ , kann nicht gefolgt werden. Dr. D.____ erstattete zwar sein Gutachten nach Ablauf der hier strittigen Periode, doch liegt diese Begutachtung davon nicht weiter entfernt, als die vor dieser Periode erfolgte Begutachtung durch Dr.

B.____ vom 30. August 2009. Den nächsten zeitlichen Bezug zur hier strittigen Periode weist das Gutachten von Dr. H.____ vom 2. November 2010 auf, doch vermag allein der Zeitpunkt der Begutachtung den Beweiswert der Expertise von Dr. D.____ nicht zu schmälern, ebenso wenig wie die von der Beklagten in Bezug auf den Krankheitswert der psychischen Beschwerden geäusserten Bedenken. Denn dies zu beurteilen obliegt nicht dem Rechtsanwender, sondern dem Arzt (vorstehend E. 3.6).

An der grundsätzlichen Beweiskraft des Gutachtens von Dr. D.____ vermögen auch seine Betrachtungen zur Frage der Überwindbarkeit der attestierten Arbeitsunfähigkeit anhand der Försterkriterien nichts zu ändern. Das hiesige Gericht hat schon wiederholt entschieden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur willentlichen Überwindung bestimmter Krankheitsbilder (BGE 130 V 352) auch im Bereich des VVG anwendbar ist, und dabei ausgeführt, es bestünden keine vernünftigen Gründe, weshalb dasselbe Krankheitsbild im Bereich der Sozialversicherungen als eine Störung, die dem Willen zugänglich sei, und im Bereich des VVG als eine Störung, die dem Willen nicht zugänglich sei, eingeordnet und damit unterschiedlich behandelt werden solle (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts vom 24. März 2011 4A_5/2011, Frage hingegen offen gelassen im Urteil vom 20. August 2012 4A_223/2012 E. 2.2-4; Urteile des hiesigen Gerichts KK.2007.00019 vom 29. Mai 2009, KK.2008.00004 vom 27. Dezember 2010 und KK.2011.00025 vom 21. Dezember 2012; vgl. auch HAVE 2/2011 S. 166 ff. und HAVE 3/2013 S. 284).

Insoweit in Widerspruch zu Dr. H.____ , dessen Diagnose einer mittelgradigen depressiven Episode mit somatischem Symptom ohne weiteres auf ein eigenständiges psychisches Krankheitsbild schliessen lässt, wie auch zur eigenen Diagnose beschrieb Dr. D.____ die

Depression lediglich als Komorbidität zur chronischen körperlichen Begleiterkrankung (Urk. 29/1 S. 19). Doch selbst wenn die Überlegungen von Dr. D.____ zu den Försterkriterien, welche zur Beantwortung der Frage der Invalidisierung der durch bestimmte Diagnosen hervorgerufenen Arbeitsfähigkeit herangezogen werden, hier nicht einschlägig sind, vermögen sie seine grundsätzliche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit nicht in Zweifel zu ziehen.

Sein Gutachten, mit dem er eine Willensanstrengung zur Schmerzüberwindung teilweise und somit eine Arbeitsfähigkeit von 70 % als zumutbar erachtete, ist vielmehr dahin gehend zu verstehen, dass er - anders als Dr. B.____ - dem psychischen Leiden des Klägers Krankheitswert zuschrieb und eine entsprechend beeinträchtigte Arbeitsfähigkeit bescheinigte. Festzuhalten bleibt, dass selbst Dr. E.____ in der Aktenbeurteilung vom 30. März 2012 den Krankheitswert der psychischen Beschwerden nicht verneinte, sondern als eher gering einstufte (vgl. Beilage 3 zu Urk. 36).

Ausgehend von dieser ärztlichen Beurteilung, auf die sich die Rechtsanwender beim gegebenen eigenständigen psychiatrischen Krankheitsbild - anders als bei den unklaren syndromalen Beschwerdebildern - zu stützen haben, ist damit er stellt, dass der Kläger infolge der leicht- bis mittelgradigen depressiven Episode ab Februar 2011 weiterhin zu 30 % arbeitsunfähig war.

E. 6.7

Zusammenfassend ist daher erstellt, dass der Kläger aus psychiatrischer Sicht im hier strittigen Zeitraum von Februar bis September 2010 zu 100 % arbeitsunfähig, von Oktober 2010 bis Januar 2011 zu 50 % und von Februar bis 26. April 2011 zu 30 % arbeitsunfähig war.

In Anbetracht der damit übereinstimmenden klägerischen Begehren braucht somit nicht näher geprüft zu werden, ob die somatisch bedingte Arbeitsfähigkeit von 33 %

(vorstehend E. 5.3)

allenfalls zur psychisch bedingten hinzutreten könnte oder ob angenommen werden darf, dass diese Arbeitsfähigkeit in der aus psychiatrischer Sicht bescheinigten Arbeitsfähigkeit aufgeht, was selbst der Kläger nicht in Abrede stellte. 7. 7.1

Zur Ermittlung des Taggeldanspruches in masslicher Hinsicht gingen die Parteien übereinstimmend von einem Taggeldanspruch von Fr. 184.90 bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % aus (Urk.

E. 9

/1 S. 22

Ziff. 7).

Demgegenüber verneinte Dr. B.____ bereits am 30. August 2009 das Vorliegen einer psychischen Störung und einer Arbeitsunfähigkeit, welcher Einschätzung Dr. E.____ später zustimmte.

Aufgrund dieser Aktenlage ist davon auszugehen, dass der Kläger an einer depressiven Symptomatik litt, welche sich ab der Kündigung entwickelte und sich im hier fraglichen Zeitraum vorerst verschlechtert und später -

im Zeitpunkt der Begutachtungen durch Dr. H.____ und Dr. D.____

- wieder ge bessert hatte , was dem Kläger im Oktober 2010 die Anmeldung beim RAV ermöglichte. Dabei erweist sich die von Dr. A. ___ diagnostizierte schwere reaktive Depression nicht als vollends schlüssig. Denn Dr. A. ___ nannte dazu den Code 300.4, der sich vermutlich auf die ICD-9 bezieht und dort als „ Dysthymic

disorder “ umschrieben ist. Dies entspricht nach ICD-10 der Codierung F34.1 „ Dysthymia “ (vgl. zur Umwandlung der ICD-9-Codes in ICD - 10-Codes: www.icd10data.com/Convert

). Entgegen der Darstellung durch Dr. A. ___ handelt es sich dabei nicht um eine schwere reaktive Depression, sondern um eine chronische depressive Verstimmung, die nach Schweregrad und Dauer nicht die

Kriterien für eine leichte oder mittelgradige depressive Störung erfüllt (Dil ling / Mombour /Schmidt, Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V (F), Klinisch-diagnostische Leitlinien, 7. überarbeitete Auflage, 2010, S. 161).

Diese Widersprüche in der Diagnose können jedoch letztlich offen bleiben, denn massgebend für den Taggeldanspruch ist nicht die Diagnose an sich, sondern die durch das Leiden hervorgerufene Arbeitsunfähigkeit.

E. 9.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens kann von der Durchführung der mit Replik vom 1. März 2012 - lediglich als Eventualantrag beantragten - Zeugeneinvernahme

und der mündlichen und kontradiktorischen Verhandlung (Urk. 28 S. 6 f.) ohne Weiteres Umgang genommen werden.

E. 9.2

Der Kläger obsiegt praktisch vollumfänglich, so dass sich eine Kürzung der Prozessentschädigung in Folge des bloss teilweisen Obsiegens nicht rechtfertigt. Die Prozessentschädigung ist ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer) und auf Fr. 4'400.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) fest zulegen.

Die nicht anwaltlich vertretene Beklagte hat von vornherein keinen Anspruch auf eine Prozessentschädigung (vgl. Wilhelm, in: Zünd/Pfiffner Rauber , Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 2009, § 34 Rz 5). Das Gericht erkennt:

E. 12

). Dem Standpunkt der Beklagten, die se Überentschädigungsgrenze sei mit dem Arbeitsunfähigkeitsgrad zu multiplizieren, mithin entsprechend zu reduzieren, kann indes nicht beigeplichtet werden. Denn bei diesem Vorgehen bliebe ausser Acht , dass die Arbeitslosenversicherung grundsätzlich für jenen Teil auf zukommen hat , in dem der Versicherte arbeitsfähig ist, der Krankentaggeldversicherer hingegen für den von der Arbeitsunfähigkeit beschlagenen Teil.

Es rechtfertigt sich daher, vom gesamten versicherten Verdienst von Fr. 5'624.-- die empfangene Arbeitslosenentschädigung in Abzug zu bringen , was folgende , bis dahin ungedeckt gebliebene Beträge ergibt:

Oktober 2010 Fr. 5'624.-- ./ Fr. 4'146.40 = Fr. 1'477.60 November 2010 Fr. 5'624.-- ./ Fr. 5'201.50 = Fr. 422.50 Dezember 2010 Fr. 5'624.-- ./ Fr. 5'437.95 = Fr. 186.05

Januar 2011 Fr. 5'624.-- ./ Fr. 4'960.10 = Fr. 663.90 Februar 2011 Fr. 5'624.-- ./ Fr. 4'723.80 = Fr. 900.20 März 2011 Fr. 5'624.-- ./ Fr. 5'432.45 = Fr. 1'915.55 April 2011 Fr. 5'624.-- ./ Fr. 4'343.-- = Fr. 1'281.-- Total Fr. 5'122.80 Diese Beträge liegen tiefer als die von der Beklagten grundsätzlich geschuldeten Taggeldern (vgl. vorstehende E. 7.2). Da insoweit die Überentschädigung zu verneinen ist, hat die Beklagte diese Beträge mit den geschuldeten Krankentaggeldern zu decken. 7.7 Zusammenfassend schuldet die Beklagte somit folgende Taggelder: Februar bis September 2010 Fr. 42'

E. 15

7.2.0 (Fr. 2'588.60 + Fr. 39'568.60) Oktober 2010 bis 26. April 2011 Fr. 5'122.80 (vorstehende E. 7.6) Total Fr. 47'280.-- 8.1 Zu prüfen bleiben die vom Kläger geforderten Verzugszinsen von 5%, zu berechnen ab Ende eines jeden Monats auf dem entsprechenden Monatsbetrag der Taggelder (Urk. 28 S. 3 oben). Die Beklagte ging unter Hinweis auf Art. 10.6.1 AVB ebenfalls davon aus, dass die Taggeldleistungen monatlich nachschüssig zu bezahlen seien, so dass die Verzugszinspflicht frühestens am Folgetag des Monats entsteht, für den die Taggeldleistungen geschuldet sind (Urk. 12 S. 4 unten). 8.2 Nach Art. 104 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, Verzugszinsen zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen, selbst wenn die vertragsmässigen Zinsen weniger betragen (Art. 100 Abs. 1 VVG in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 OR). Die Parteien gehen gestützt auf Art. 10.6.1 AVB (Urk. 13/92) zu Recht davon aus, dass das Taggeld bei länger als einen Monat anhaltender Arbeitsunfähigkeit monatlich nachschüssig ausbezahlt wird. Damit haben die Parteien einen Verfalltag vereinbart, nach dessen Ablauf ohne Mahnung ohne Weiteres der Verzug eintritt (Art. 102 Abs. 2 OR). Dieser zieht gemäss Art. 104

Abs. 1 OR

(vgl. Jürg Nef, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 41 Rz 20-22) die Verzugszinspflicht nach sich. 8.3 Demnach sind die nachzuzahlenden Taggelder antragsgemäss zu 5% zu verzinsen, und zwar jeweils ab 1. des folgenden Monats, für den die Monatsbeträge vereinbarungsgemäss geschuldet waren. Konkret sind die nachzuzahlenden Beträge zu 5% wie folgt zu verzinsen (nicht kumulativ): Fr. 2'588.60 ab 1. März 2010 Fr. 8'320.50 (Fr. 2'588.60 + Fr. 5'731.90) ab 1. April 2010 Fr. 13'867.50 (Fr. 8'320.50 + Fr. 5'547.--) ab 1. Mai 2010 Fr. 19'599.40 (Fr. 13'867.50 + Fr. 5'731.90) ab 1. Juni 2010 Fr. 25'146.40 (Fr. 19'599.40 + Fr. 5'547.--) ab 1. Juli 2010 Fr. 30'878.30 (Fr. 25'146.40 + Fr. 5'731.90) ab 1. August 2010 Fr. 36'610.20 (Fr. 30'878.30 + Fr. 5'731.90) ab 1. September 2010 Fr. 42'157.20 (Fr. 36'610.20 + Fr. 5'547.--) ab 1. Oktober 2010 Fr. 43'634.80 (Fr. 42'157.20 + Fr. 1'477.60) ab 1. November 2010 Fr. 44'057.30 (Fr. 43'634.80 + Fr. 422.50) ab 1. Dezember 2010 Fr. 44'243.35 (Fr. 44'057.30 + Fr. 186.05) ab 1. Januar 2011 Fr. 44'907.25 (Fr. 44'243.35 + Fr. 663.90) ab 1. Februar 2011 Fr. 45'807.45 (Fr. 44'907.25 + Fr. 900.20) ab 1. März 2011 Fr. 45'999.--

(Fr. 45'807.45 + Fr. 1'915.55) ab 1. April 2011 Fr. 47'280.-- (Fr. 45'999.-- + Fr. 1'281.--) ab 1. Mai 2011 8.4 Dies führt zusammengefasst zur teilweisen Gutheissung der Klage und zur Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger für die Zeit vom 1. Februar 2010 bis am 26. April 2011 Krankentaggelder in der Höhe von insgesamt Fr. 47'280.-- zu bezahlen,

zuzüglich Verzugszins von 5%

gemäss den Feststellungen in E. 8. 3.

9.

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