

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2013.00008 vom 28. November 2014

ZH Sozialversicherungsgericht, 2014-11-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2013.00008

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2013.00008 du 28 novembre 2014

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2013.00008 del 28 novembre 2014

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 19 78, war als Angestellter der Y.____

bei der Hel sana

Zusatzversicherung en AG (nach folgend: Helsana) kollektivkranken tag geld versichert nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), und zwar für ein Krankentaggeld von 80 % des versicherten Lohnes für die Dauer von 730 Tagen mit 30 Tagen Wartefrist pro Fall bei Krankheit (Urk. 2/2/1 S. 2). Mit Schreiben vom 15. Juli 2011

wurde der Hel sana eine krankheitsbedingte 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 3. Mai 2011 gemeldet (Urk. 2/4). Die Helsana

erbrachte dem Versicherten in der Folge Krankentaggelder ab dem

E. 1.1

Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs.

E. 1.2

Das Gericht stellt den Sachverhalt unabhängig vom Streitwert von Amtes wegen fest (Untersuchungsmaxime; Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente zu berücksichtigen hat, die sich im Verlaufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien diese nicht angeführt haben, gilt nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Er entbindet die Parteien nicht

davon, Beweise beizubringen und bei der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 III 231 E. 4a; Mazan in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, N 9 und N 13 zu Art. 247). Ebenso schliesst er die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1) und verleiht den Parteien keinen Anspruch, dass alle möglichen Beweise abgenommen werden, und auch keinen Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel (BGE 125 III 231; Urteil des Bundesgerichts 5C.34/2006 vom 27. Juni 2006 E. 2a). Ausserdem gilt die Dispositionsmaxime. Danach darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenseite anerkannt hat (Art. 58 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 6)

E. 1.3

Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchs berechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchs berechtigten unverbindlich machen. Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 130 III 321 E.

3.1). Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]). Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchs berechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchs berechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.5).

E. 1.4

Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten und sich der Vertragsinhalt regelmässig nach den vorformulierten AVB richtet (Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg 1999, S. 23). Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt sodann die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) als anwendbar, soweit das VVG keine Vorschriften enthält.

E. 1.5

Bei der Auslegung eines (Versicherungs-)Vertrages ist zu beachten, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen (BGE 93 II 326 E.

4b, 123 III 44 E.

2c/bb; Fuhrer, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N 77ff. zu Art. 33). Im Übrigen sind vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (BGE 135 III 1

E. 2, 135 III 410 E.

E. 2

S. 2) und nahm mit Eingabe vom 4. Juli 2013 zu den zusätzlichen Dokumenten des Beklagten Stellung (Urk. 17). Der Beklagte

reichte keine weitere Stellungnahme ein.

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, so weit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Auf die hier massgebliche, für den Beklagten geltende Krankentaggeldversicherung sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die Hel sana Business Salary, Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2006 (Urk. 2/1), anwendbar (Urk. 2/2/1 S. 3). Versichert sind gemäss der Versicherungs police (Urk. 2/2/1) in Verbindung mit Ziff. 1 AVB und Ziff. 6.1 AVB die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit mit 80 % des effektiven

AHV- Lohnes während einer Leistungsdauer von 730 Tagen pro Fall abzüglich der Wartefrist von 30 Tagen. 2. 2

Gemäss Ziff. 12 .1 AVB richtet die Klägerin das Taggeld bei nachgewiesener Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % anteilmässig entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit aus.

Als Krankheit im Sinne der Versicherung gilt nach der Definition in Ziff. 3 .1 AVB jede Beeinträchtigung der körperlichen , geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Der Begriff Arbeitsunfähigkeit wird in Ziff.

E. 3

KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Dazu gehören auch Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach dem VVG (BGE 138 III 2, 558 E. 2). Die Kantone können gestützt auf Art.

E. 3.1

Die Klägerin

begründet ihre Klage auf Rückerstattung der vom 2. Juni 2011 bis 31. Mai 2012 geleisteten Krankentaggelder (Urk. 2/30) für die am 15. Juli 2011 gemeldete krankheitsbedingte 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 3. Mai 2011 (Urk. 2/4) damit, dass diese Leistung zu Unrecht erfolgt sei. Zum einen habe der Beklagte in dieser Zeit aufgrund der zahlreichen unangemeldeten Auslandsaufenthalte keinen Anspruch auf Taggeldleistungen. Zum anderen sei nicht ersichtlich, dass im betreffenden Zeitraum eine Arbeitsunfähigkeit des Beklagten bestanden habe. Denn im gleichen Zeitraum (Sommer 2011 bis Mai 2012), in welchem bei den behandelnden Ärzten erhebliche psychische und körperliche Beschwerden geltend gemacht worden seien, die ihn angeblich in seiner Berufsausübung und seiner sozialen Funktionsfähigkeit massiv eingeschränkt hätten, habe der Beklagte auf seiner Facebook-Seite offen zugänglich zahlreiche Aktivitäten publiziert, die ein reges Sozialleben, seine aktive Teilnahme am Nachtleben mit Clubbesuchen in Städten im In- und Ausland, verschiedenste Reisen sowie seine Begeisterung für Motorräder und Autos belegen würden. Dem Bericht von Dr. Z.____

vom 27. Dezember 2012 sei zu entnehmen, dass solche Aktivitäten mit den erhobenen Diagnosen nicht vereinbar seien. Der Beklagte habe die behandelnden Ärzte über seine Aktivitäten bewusst nicht orientiert und habe sich bemüht, diesen gegenüber als sehr krank zu erscheinen. Eine Arbeitsunfähigkeit, auch eine solche wegen den diagnostizierten

ten Beschwerden an der Halswirbelsäule (HWS), wäre in Kenntnis der Tatsachen nicht ausgestellt worden. Es könne kein anderer Schluss gezogen werden, als dass der Beklagte die Beschwerden nur simulierte, um Krankentaggelder zu beziehen (Urk. 1 S. 10 ff.).

E. 3.2

Zufolge der offensichtlichen Diskrepanzen zwischen den geschilderten Beschwerden und den in Erwägung 5.2 hiervoor genannten, nachweislich ausgeführten Aktivitäten

in der Zeit zwischen Mai 2011 und Mai 2012 ist gestützt auf die Ausführungen von Dr. Z.____ eine depressive Störung mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit nicht überwiegend wahrscheinlich. Auch die Diagnose einer PTBS ist mit Dr. Z.____ bereits aufgrund des grossen Zeitabstandes seit dem Unfall im Jahr 2007, aber auch aufgrund des nicht besonders schweren Unfallherganges, bei dem das Auto des Beklagten durch den Auffahrunfall in das vordere Auto gestossen worden war (Urk. 2/3/34 S. 1), als unwahrscheinlich zu qualifizieren. 5.4

5.4.1

Die Vorbringen des Beklagten vermögen an den erheblichen Zweifeln an den von ihm geklagten Beschwerden

mit der Folge, dass trotz der ärztlichen Aussagen

Arbeitsunfähigkeit überwiegend wahrscheinlich keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von mindestens 25 % (Ziff. 12.1 AVB) ab Anfang Mai 2011 bestand, im

Ergebnis nichts zu ändern. Von weiteren Beweismassnahmen, namentlich der Einvernahme des Regisseurs des Films als Zeugen (Urk. 5 S. 2), ist abzusehen, da

hieron keine anderen

entscheidende Erkenntnisse zu erwarten sind (antizipierte Beweismassnahme; vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_505/2012

vom 6.

Dezember 2012 E. 4.2). 5.4.2

Nach dem Gesagten ist von einer vollständigen Arbeitsfähigkeit des Beklagten ab

dem 3. Mai 2011 auszugehen. Die Klägerin hat die vom 2. Juni 2011 bis 31. Mai 2012 unstrittig erbrachten Krankentaggelder im Gesamtbetrag von Fr. 50'822.-- (Urk. 2/30)

somit zu Unrecht geleistet. Gestützt auf Ziff. 34.2 AVB ist dieser Betrag der Klägerin daher zurückzuerstatten. 6.6.1

Die Klägerin macht zudem einen Verzugszins von 5 % ab dem 22. Juni 2012 geltend (Urk. 1 S.

2). Dieses Datum entspricht dem Datum des Schreibens der Klägerin, mit welchem sie den geleisteten Betrag erstmals zurückforderte (Urk. 2/26). Der Beklagte bringt hierzu nichts vor. 6.2

Der Schuldner einer Geldschuld hat, soweit nichts anderes vereinbart worden ist, von Gesetzes wegen einen Verzugszins von 5 % für das Jahr zu zahlen, sobald er mit der Zahlung der Schuld in Verzug gerät (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Verzugszinspflicht setzt einerseits die Fälligkeit der Forderung und andererseits die Mahnung des Schuldners

voraus. Fälligkeit be deutet, dass der Gläubiger die Leistung einfordern und bei Nichtleistung ein kl agen darf. Die Mahnung ist die un missverständliche Aufforderung des Gläu bi gers, die Leistung zu erbringen . Grundsätzlich gerät der Schuldner un mi ttelbar mit dem Eintreffen der Mahnung in Verzug (Art. 100 Abs. 1 VVG in Ver bin dung mit Art. 1 02 Abs. 1 und 104 Abs. 1 OR; vgl. Gauch/Schluep/

Schmid/Rey, a.a.O, N 2161 ff., 2948 ff. und 2958 ff.; Wiegand, in: Basler Kommen tar zum Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 102 N 8). 6 .3

Der Rückforderungsanspruch entstand im Moment der zu Unrecht erfolgten Aus zahlung. Gleichzeitig wurde sie fällig. Gemahnt wurde die Forderung erst mals mit Schreiben vom 22. Juni 2012 (Urk. 2/26). Massgeblich für den Lauf des Ver zugszinses ist indes nicht das Datum dieses Schreibens, sondern das Datum des Zugangs beim Beklagten respektive seinem damaligen Vertreter. Hierzu ist den Akten kein genaues Datum zu entnehmen. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 6. Juli 2012 (Urk. 2/27) geht hervor, dass die Mahnung spä testens am 5. Juli 2012 auf Seiten des Beklagten eingegangen war. Der

Lauf des Verzugszins es

von 5 % ist

damit mangels anderer Belege ab dem 5. Juli 201 2 anzunehmen. 7 .

In teilweiser Gutheissung der Klage ist der Beklagte nach dem Gesagten zu ver pflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 50'822.-- zuzüglich Zins von 5 % ab dem 5. Juli 2012 zu bezahlen. 8 .

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO werden bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine Gerichtskosten gesprochen. D as Ver fahren ist kostenlos.

Die Klägerin macht Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten gel tend (Urk. 1

S. 2). Die Pro zessentschädigung an die Parteien ist nicht Ge genstand von Art. 114

lit. e ZPO (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010,

E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Es gilt nach wie vor die Praxis des Bundesgerichts, dass dem nicht anwaltlich ver treteten Versiche rungsträger grund sätzlich keine Parteientschädigung zusteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2013 vom 27. August 2013, E.

5).

Da die Klägerin im vorliegenden Ver fahren nicht durch einen externen Anwalt ver treten war, ist ihr für ihr Obsiegen daher keine Prozessentschädigung zuzuspre chen. Das Gericht erkennt:

E. 3.3

Strittig und zu prüfen ist, ob der Beklagte vom 3. Mai 2011 bis 3 1. Mai 2012 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen ist oder ob die für diese Zeit geleisteten Kran ken taggelder vom Beklagten an die Klägerin zurückzuerstatten sind . 4. 4.1

Es ist unstrittig und ausgewiesen, dass der Beklagte am 7. September 2007 bei einem Auffahrunfall eine HWS-Distorsion erlitt und in der Folge insbesondere über Nacken-, Rücken- und Kopfbeschwerden klagte (Urk. 2/3/16, Urk. 2/3/34 S. 1 f.).

Die damalige Unfallversicherung des Beklagten, die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva), erbrachte die gesetzlichen Leistungen, welche sie

wegen Verweigerung von zumutbaren Behandlungsmassnahmen, namentlich einer neurologischen Untersuchung in der Rehaklinik Z.____,

mit Verfügung vom 15. August 2008 einstellte (Urk. 2/3/23).

Ab Juni 2008 war er in verschiedenen meist temporären Anstellungen erwerbstätig (Urk. 2/11/3 S. 2, Urk. 2/14 S. 1). Bei der

Y.____

war er seit August 2010 tätig (Urk. 2/4). Diese Anstellung

wurde ihm aus wirtschaftlichen Gründen

per Ende Mai 2011 gekündigt (Urk. 2/3/17, Urk. 2/14 S. 1), jedoch wurde das Arbeitsverhältnis aufgrund der ab dem 3. Mai 2011 attestierten Arbeitsunfähigkeit (Urk. 2/3/18, Urk. 2/3/22) bis

Ende Juni verlängert

(Urk. 2/3/10, Urk. 2/8 S. 1).

Am 18. Mai 2011 wurde der Suva die Arbeitsunfähigkeit ab 3. Mai 2011 als Rückfall zum Unfall vom 7. September 2007 gemeldet (Urk. 2/3/17). Mit Schreiben

vom 7. Juli 2011 teilte die Suva dem Beklagten mit, dass die gemeldeten Beschwerden an der HWS und der Lendenwirbelsäule (LWS) nicht als Rückfall mit dem Unfall vom 7. September 2007 in Zusammenhang gebracht werden könnten

und keine Versicherungsleistungen ausgerichtet würden (Urk. 2/3/21). Mit Schreiben vom 15. Juli 20

E. 3.4

AVB definiert als die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zu mutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt. 2. 3

Nach Ziff. 13.3 hat die versicherte Person alles zu unternehmen, was die Genesung fördert und alles zu unterlassen, was sie verzögert. Insbesondere hat sie den Anordnungen der Medizinalpersonen Folge zu leisten.

Die versicherte Person, die in ihrem angestammten Beruf voraussichtlich dauernd voll oder teilweise arbeitsunfähig bleibt, ist gemäss Ziff. 13.5 AVB verpflichtet, ihre allfällig verbleibende Erwerbsfähigkeit zu verwerten, auch wenn dies einen Berufswechsel erfordert. Der Versicherer fordert die versicherte Person zum Berufswechsel auf und macht sie auf die Folgen gemäss Ziff. 14 AVB aufmerksam.

Laut Art. 14.1 AVB werden die Versicherungsleistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder in schwerwiegenden Fällen verweigert, wenn die versicherte Person die gebotenen Obliegenheiten oder Pflichten der AVB verletzt. Diese Rechtsnachteile treten nicht ein, wenn die Verletzung der Obliegenheit oder Pflichten den Umständen nach als entschuldbar anzusehen ist.

Eine arbeitsunfähige versicherte Person, die ohne Zustimmung des Versicherers die Schweiz vorübergehend verlässt (zum Beispiel für Ferien), verliert nach Art. 18.2 AVB ihren Anspruch auf Versicherungsleistungen bis zur Rückkehr in die Schweiz. Die im Ausland verbrachten Tage werden in jedem Fall an die Leistungsdauer ange rechnet. 2. 4

Nach Ziff. 34.2 AVB sind die vom Versicherungsnehmer oder der versicherten Person zu Unrecht bezogenen Leistungen dem Versicherer zurückerstatten.

Besteht ein vertraglicher Anspruch auf Rückforderung, scheidet ein solcher aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 ff. des Obligationenrechts (OR) aus (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003, N 1499 und N 1507 ff.). 3.

E. 7

der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Sozialversicherungsgericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E.

E. 11

wurde der Helsana die krankheitsbedingte 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 3. Mai 2011 gemeldet (Urk. 2/4).

Die Suva verfügte am 20. September 2011 die Verneinung eines Anspruchs auf Leistungen mangels adäquater Unfallfolgen (Urk. 2/3/26).

Am 23. November 2011 meldete sich der Beklagte wegen eines chronifizierten cervikospodylogenen Syndroms nach HWS-Distorsion (2007) bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an (Urk. 2/11/2). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, kündigte mit Vorbescheid vom 21. März 2012 die Abweisung des Rentenbegehrens bei einem Invaliditätsgrad von 0 % an (Urk. 2/12/1). 4.2

4.2.1

In medizinischer Hinsicht ist den Akten Folgendes zu entnehmen:

Gemäss den Berichten von Dr. med. A.____, Facharzt für Allgemeine Medizin, vom 13. Juli 2011 (Urk. 2/3/6-7) und vom 31. August 2011 (Urk. 2/6) attestierte dieser dem Beklagten eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit seit dem 3. Mai 2011 als Bodenleger aufgrund der Diagnose eines chronifizierten Panvertebralsyndroms mit/bei Status nach HWS-Distorsion bei Auffahrunfall vom 7. September 2007 mit posttraumatischer Anpassungsstörung und erschweren dem Verlauf im Rahmen multisegmentaler degenerativer Veränderungen der Halswirbelsäule (HWK) 3-7 beidseits sowie gemäss der Magnetresonanztomographie (MRT) vom 3. April 2008 mit ausgeprägten multisegmentalen degenerativen Veränderungen, Diskushernie C4/5 median ohne Myelopathie. Der Beklagte klagt über Rückenschmerzen. Als Bodenleger hebt er viele schwere Lasten. Er sei seit dem Unfall im Jahr 2007 nie beschwerdefrei gewesen. Als ob

jektive Befunde hätten muskuläre Verspannungen paravertebral an der LWS, BWS und der LWS sowie ein steifer

Nacken mit mässiger Bewegungseinschränkung in alle Richtungen und mit einer

Schiefhaltung ohne sensorische Ausfallzeichen festgestellt werden können.

Anamnestisch habe der Beklagte ausserdem ein schweres obstruktives Schlafapnoe-Syndrom (OSAS) mit Tagesmüdigkeit angegeben, das im Mai 2011 diagnostiziert worden sei (Urk. 2/3/7, Urk. 2/6 S. 1).

Der Chiropraktor Dr. B.____, der den Beklagten ab dem 23. Mai 2011 behandelte, stellte gemäss dem Bericht vom 7. Juni 2011 die Diagnose eines panspondylogenen Schmerzsyndroms mit/bei Status nach Auffahrungskollision 2007, Fehllhaltung der HWS und Hohlkreuz/Abdomen protrudens, einer vermehrt depressiven Entwicklung und Schlafapnoe. Der Beklagte leide seit dem Unfall an therapieresistenten Dauerschmerzen im Nacken, Hinterkopf und beidseits zu den Schultern ausstrahlend, aber auch lumbal beidseits zum Becken hin, und zwar auch nachts. Teilweise werde es ihm schwarz vor Augen. Ein Seitenbild der HWS zeige eine Vorlagehaltung und eine ungünstige Kyphosierung des kaudalen Abschnittes mit für das Alter des Beklagten bereits erheblicher Spondylodese. Die Degeneration und die Kyphosierung hätten im Vergleich zu den Bildern von 2007 zugenommen. Es bestehe eine mögliche atlanto-dentale Arthrose (Urk. 2/5).

Anlässlich der Konsultation bei Dr. A.____ vom 15. August 2011 gab der Beklagte gemäss dessen Bericht vom 13. September 2011 unveränderte ganz tägige Rückenschmerzen mit Maximum im Nacken sowie ein Steifigkeitsgefühl sowie Kopfschmerzen an. Er könne sich aufgrund der Schmerzen nicht vorstellen zu arbeiten (Urk. 2/3/34).

Dem undatierten Bericht der Rheumaklinik und des Instituts für Physikalische Medizin des Spitals D.____ (Eingang bei der Klägerin: 1. Dezember 2011) ist zu entnehmen, dass beim Beklagten ergonomische Tests zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durchgeführt worden seien, auf deren Resultate indes infolge erheblicher Selbstlimitierung und Inkonsistenz für die Beurteilung der zumutbaren Belastbarkeit nicht habe abgestützt werden können. Unter der Annahme, dass aktuell eine deutliche Dekonditionierung der Rückenmuskulatur und funktionelle Einschränkung im Bereich des Nackens bestünden, sei aus somatischer Sicht in der angestammten Tätigkeit als Bodenleger mit einer Leistungseinbusse von mindestens 25 % infolge der Beschwerdekumulation im Tagesverlauf und beim Handtieren schwerer Lasten auszugehen. Bei noch vorhandener Arbeitsstelle sei ein schrittweiser Einstieg beginnend mit einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % (halbtags) und sukzessiver Steigerung der zeitlichen Präsenz über zwei bis drei Monate anzustreben. Es könne nicht abgeschätzt werden, ob bei optimaler Leistungs- und Kooperationsbereitschaft mittels therapeutischer Massnahmen eine Steigerung bis zu einer vollen Leistungsfähigkeit in einer körperlich schweren Tätigkeit erreicht werden könne. In einer leidensangepassten, mindestens körperlich leichten

Tätigkeit sei eine 100%ige Arbeitsfähigkeit gegeben.

Der Beklagte habe angegeben, es bestünden aktuell weiterhin Nackenschmerzen mit einem Blockadefühl und Verspannungen. Als arbeitsrelevante Diagnose führten die Experten des

Spitals D.____ jene eines zervikospandylogenen und lumbovertebralen Syndroms (ICD-10 M54.8) nach Verkehrsunfall mit Auffahrungskollision von hinten am 7. September

2007, mit Wirbelsäulen-Fehlhaltung/-form bei Kopf protraktion und LWS-Hyperlordose und muskulärer Dysbalance mit sekundärer myofaszialen Befunden (musculus trapezius, muscoli scaleni, paravertebral beidseits) und bei MRT nativ vom 3. April 2008 (Aufhebung der physiologischen Lordosierung mit Kyphosierung der unteren HWS mit für das Alter des Patienten bereits relativ ausgeprägten multisegmentalen degenerativen Veränderungen HWK 3-7). Als weitere Diagnosen wurden der Verdacht auf eine depressive Entwicklung und ein schweres OSAS mit Tagesmüdigkeit, Erstdiagnose im Mai 2011, mit Bedarf einer CPAP-(Continuous-Positive-Airway-Pressure-) Beatmung nachts festgehalten (Urk. 2/14).

4.2.2

Am 7. November 2011 begab sich der Beklagte gemäss dem Bericht von Dr.

med. C.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 2. Mai 2012 bei dieser psychiatrischen Behandlung. Dr. C.____ stellte die Diagnosen einer depressiven Episode mittleren, intermittierend auch schweren Grades (ICD-10 F32.1,

F32.2), einer Anpassungsstörung (ICD-10 F43.25) und einer chronischen posttraumatischen Belastungsstörung (PTBS; ICD-10 F43.1) bei Status nach Unfallkollision 2007. Die Sitzungen fanden monatlich, bei Bedarf auch häufiger statt. Die seit dem Unfall im Jahr 2007 aufgetretenen psychiatrischen und rheumatologischen Störungen würden einander komorbiderweise verstärken. Es bestehe nunmehr seit längerer Zeit eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Seit Behandlungsbeginn bestünden eine depressive Stimmung, Interessen- und Freudverlust, verminderter Antrieb mit gesteigerter Ermüdbarkeit, Verlust des Selbstvertrauens, unangemessene Selbstvorwürfe, Klagen über vermindertes Denk- und Konzentrationsvermögen, Schlafstörungen, Libidoverlust. Immer wieder käme es zu selbstzerlegenden Äusserungen, was bis anhin dank der Kooperation der Verwandtschaft ambulant durchgestanden worden sei. Bezüglich der vorliegenden typischen Zeichen einer PTBS werde auf den Bericht der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie des Spitals D.____ (Spital D.____; vom 16. Januar 2012, Urk. 2/7) verwiesen. Im Alltag bestehe ein dysfunktionales Verhalten mit Angst, Besorgnis,

Anspannung, Ärger, sozialem Rückzug im Sinne einer Anpassungsstörung, wobei fließende Übergänge zur PTBS-Symptomatik bestünden. Das klinische Bild zeige eine Verschlechterungstendenz. Daneben klagte der Beklagte beständig teils über Rücken-, teils über Kopfschmerzen (Urk. 2/9).

Am 6. Januar 2012 wurde der Beklagte gemäss dem Bericht der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie des Spitals D.____ vom 16. Januar 2012 in der Sprechstunde für Belastungsreaktionen und PTBS psychiatrisch beurteilt. Die Ärzte des Spitals D.____

hielten betreffend den Psychostatus fest, es seien anamnestisch die Aufmerksamkeit und das Gedächtnis stark reduziert. Das Denken sei bei ständigem Grübeln inhaltlich auf die aktuelle Schmerzsymptomatik eingengt. Es bestehe zu dem ein ausgeprägtes Vermeidungsverhalten mit Misstrauen gegenüber anderen Menschen, soziale Isolation, Gedankenkreisen („warum ist mir das passiert, ich werde niemals glücklich sein“), diffuse Ängste vor der Zukunft sowie existenzielle Ängste. Affektiv sei der Beklagte ängstlich und dysphorisch. Es bestünden eine innere Unruhe, Insuffizienzgefühle, Selbstvorwürfe, Schuldgefühle, starke Ein- und Durchschlafstörungen mit Alpträumen sowie Libidoverlust. Es seien der Antrieb und die Psychomotorik reduziert. Die Kriterien für eine PTBS seien

zudem folgendermassen erfüllt. Das traumatische Ereignis bestehe im Autounfall vom 7. September 2007, bei dem der Beklagte am Hinterkopf und den Schultern verletzt worden sei. In diesem Augenblick habe er ein ausgeprägtes Gefühl von Hilflosigkeit und Todesangst erlebt. Das Kriterium des Wiedererlebens bestehe täglich in Form von Erinnerungen, Bildern und Gedanken über den Unfall. Da bei

beschreibe der Beklagte ein ausgeprägtes Gefühl von Angst, Wut, Traurigkeit und Scham begleitet von körperlichen Reaktionen wie ausgeprägte Kopfschmerzen und Engegefühl auf der Brust. Das Kriterium der Vermeidung manifestiere sich beim Beklagten durch das Vermeiden von Menschen und Plätzen, die ihn an das Trauma erinnern würden. Er habe das Interesse an Aktivitäten verloren, die ihm früher Freude gemacht hätten. Er fühle sich von anderen Menschen losgelöst und entfremdet. Das Kriterium der Überregung zeige sich durch Ein- und Durchschlafstörungen sowie eine Hypervigilanz. Auch dauere das Störungsbild nunmehr mehr als einen Monat. Die Symptome würden auch ein ausgeprägtes subjektives Leiden verursachen und die sozialen sowie beruflichen Funktionen beeinträchtigen. Diese Beschwerden liessen sich als PTBS (ICD-10 F43.1) diagnostizieren.

Des Weiteren leide der Beklagte in der Folge des Autounfalls unter ausgeprägten Kopf- und Nackenschmerzen. Es sei die Diagnose von Spannungskopfschmerzen (ICD-10 G45.2) zu stellen. Darüber hinaus lasse sich die Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig mittelgradige Episode, mit somatischem Syndrom (ICD-10 F33.11) stellen (Urk. 2/7).

Am 25. Januar 2012 wurde beim Beklagten gemäss dem Bericht von Prof. Dr.

phil. E.____, Neuropsychologin, und

Dr. med.

F.____, Fachärztin für Neurologie, vom 26. Januar 2012 eine neuropsychologische Abklärung durchgeführt, welche indes wegen Kooperationsunfähigkeit abgebrochen worden sei. Der Beklagte sei mit dem Auto zur Untersuchung gekommen. Er habe sich mit Unverständnis der Untersuchung gegenüber geäussert. Er wolle eine Heilung, keine Tests. Im Anamnesegespräch hätten sich keine Hinweise auf kognitive Störungen ergeben. Die durchgeführten Aufgaben seien alle entweder vorzeitig abgebrochen, sehr fehlerhaft oder mit stark erhöhtem Zeitaufwand erarbeitet worden. Es sei auf eine psychische Fehlentwicklung bei Status nach Auffahrkollision ohne Hinweis auf eine Hirnverletzung mit Selbstlimitierung und aggressiv-depressiver Verstimmung zu schliessen (Urk. 2/8).

5. 5.1

Der vom Allgemeinpraktiker Dr. A.____ attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als Bodenleger (Urk. 2/3/6, Urk. 2/6 S. 2)

ist in somatischer Hinsicht bereits aufgrund der fachärztlichen rheumatologischen Beurteilung des Spitals D.____ von Ende 2011 (Urk. 2/14) nicht zu folgen.

Denn die medizinisch-theoretische Einschätzung der D.____-Ärzte ergab selbst für körperlich schwere Tätigkeiten – und nur unter der Annahme einer deutlichen Dekonditionierung der Rückenmuskulatur und funktionellen Einschränkungen im Bereich des Nackens -

eine Leistungseinbusse von 25 % (Urk. 2/14 S. 3).

Die nachweislich degenerativen Veränderungen im HWS-Bereich waren somit nicht ausschlaggebend für eine Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit. Die Dekonditionierung allein rechtfertigt hingegen keine Arbeitsunfähigkeit, zumal die Beurteilung über ein halbes Jahr nach der Arbeitsaufgabe im Mai 2011 erfolgte, weshalb davon auszugehen ist, dass damals - wenn überhaupt - jedenfalls noch keine erhebliche Dekonditionierung bestanden hatte. Bezüglich der Annahme, dass funktionelle Einschränkungen im Bereich des Nackens vorliegen würden, ist dem Bericht des Spitals D.____

zudem einzig der Befund einer eingeschränkten zervikalen Rotation beidseits bei Druckdolenz und sekundären myofaszialen Befunden zu entnehmen (Urk. 2/14 S. 3). Da der Beklagte gemäss dem Bericht von Dr. F.____ und Prof. E.____ vom 26. Januar 2012 jedoch nach wie vor fähig war, Auto zu fahren (Urk. 2/8 S. 1), ist nicht von einer behindernden Einschränkung in der HWS-Rotation auszugehen. Dies gilt umso mehr, als weitere Aktivitäten

belegt sind, welche eine solche Beeinträchtigung widerlegen (vgl. Erwägung 5.2 hernach).

Im Übrigen bejahte auch Dr. A.____ im Bericht zuhanden der Klägerin vom 31. August 2011 die Frage, ob Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit respektive den angegebenen Beschwerden bestünden, und hielt fest, es bestünden Diskrepanzen zwischen den subjektiven Beschwerden und den objektiven Befunden (Urk. 2/6 S. 2). Diese Diskrepanzen, welche bei den ergonometrischen Tests des Spitals D.____ aufgrund der festgestellten Inkonsistenzen und Selbstlimitierung bestätigt wurden, sind allerdings auch nicht durch eine psychische Überlagerung zu erklären.

Insbesondere ist aufgrund der übrigen, nachfolgend geschilderten Aktenlage (Erwägung 5.2) und der überzeugenden psychiatrischen Einschätzung von Dr. Z.____

gemäss der Stellungnahme vom 27. Dezember 2012 (Urk. 2/29, vgl. Erwägung 5.3 hernach) eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit von Mai 2011 bis Mai 2012 wegen der sich gegenseitig verstärkenden psychischen und rheumatologischen Komplikationen, wie der behandelnde Psychiater Dr. C.____ im Bericht vom 2. Mai 2012 festhielt (Urk. 2/9 S. 1), nicht anzunehmen, wie sich aus dem Folgenden ergibt. 5.2

Es ist unbestritten und ausgewiesen, dass der Beklagte

im Film J.____ mitgewirkt hat. Dieser Film wurde gemäss Bescheinigung des Regisseurs des Films im Jahr 2011 (Urk. 6/9), und zwar spätestens ab Juni im Jahr 2011 produziert. Denn gemäss der Facebook-Chronik der Facebook-Seite des Beklagten wurde dieser am 21. Juni 2011 auf 8 Fotos im Album des Films J.____ markiert (Urk. 2/22, Urk. 19/7 S. 9 f.; vgl. auch Urk. 2/20).

Entgegen der Darstellung des Beklagten ist er in diesem Film indes nicht lediglich in einer Statistenrolle zu sehen, sondern er wirkte darin ab der 41. Minute in einer

Nebenrolle in jeweils kurzen Sequenzen teilweise mit Text

mit

(CD mit Film: Urk. 7). Und zwar ist er in den folgenden Szenen jeweils umgeben von anderen Akteuren zu sehen: im Fitnesscenter mit beiden Armen Gewichte stemmend, in einem Café sich unterhaltend, Autofahrt am Steuer, aussteigen, Treffen und Geldübergang

abe an/mit Motorfahrergruppe ,

Unterhaltung am Tisch, Unterhaltung am Tisch , kurzes Herbeirennen und Verfolgung aufgeben , Unterhaltung am Tisch , kurzes Fliehen vom Tisch bei Angriff mit Schusswaffen , Flucht auf Treppe, angeschossen, Sturz zu Boden auf Treppe . Auch wenn diese Szenen, in denen der Beklagte mitspielte, jeweils nicht länger als wenige Minuten oder Sekunden dauerten, ist daraus dennoch zu mindest ersichtlich , dass er Text erinnern und im Schauspiel wieder geben konnte, der Kopf frei beweglich war und er selbst einen Todessturz auf einer

Treppe ohne Probleme mit fließenden Bewegungen spielen konnte . Das Vorliegen kognitiver Defizite ist damit - wie bereits Prof. Dr. E.____ und Dr. F.____ im Bericht vom 26. Januar 2012 festhielten (Urk. 2/8) - unwahrscheinlich. Auch wird damit bestätigt, dass keine erheblichen funktionellen Defizite in der Beweglichkeit der HWS bestanden .

Dass der Beklagte nicht nur in der Schweiz, sondern auch im Ausland bei Dreharbeiten zumindest teilweise vor Ort war, ist ebenfalls überwiegend wahrscheinlich . Zwar spielen die Szenen, in denen der Beklagte im Film J.____

zu sehen ist, - soweit ersichtlich - in der Schweiz. Jedoch ist der Beklagte auf einem am 25. September 2011 in der Facebook-Chronik erfassten Foto zu sehen,

wie er zusammen mit anderen Schauspielern des Films bei einem Sarg und einem offenen Grab steht (Urk. 19/7 S. 8) , was zu Szenen im Film passt, die in der ersten Hälfte des Films im Ausland spielen. Es ist zudem

auch unabhängig von den Dreharbeiten belegt , dass sich der Beklagte in der hier betreffenden Zeit von Mai 2011 bis Mai 2012 mehrmals ins Ausland begeben hat , was er der Klägerin unstrittig nicht gemeldet hatte . Namentlich bestätigt der Beklagte selbst, dass er seine in Mazedonien lebenden Eltern besucht habe. Dem von ihm ein gereichtes Dokument ist zudem zu entnehmen, dass der Beklagte mehrere Male aus der Schweiz nach K.____ habe reisen müssen, um seinen in den Monaten Mai und Juni 2011 chirurgisch behandelten Vater zu betreuen (Urk. 11/4/1-2).

Für die Meldepflicht respektive das Einholen der Zustimmung bei der Klägerin für den Auslandsaufenthalt gemäss Art. 18.2 AVB ist es jedoch unerheblich, welchem Zweck diese Auslandsreisen dienten. Eine Leistungspflicht der Klägerin entfällt daher in jedem Fall für die Zeit der Auslandsabwesenheit des Beklagten.

Aus der Facebook-Chronik der Facebook-Seite des Beklagten geht zudem hervor , dass er am 15. Juli 2011 aus dem Inneren des Autos einen kurzen Film von seiner mit hoher Geschwindigkeit in Kroatien durchgeführten Autofahrt erstellt hat (Facebook-Eintrag vom 31. August 2011, Urk. 19/7 S. 9; vgl. den Film in Urk. 2/22) . Am 2. und 10. August 2011 lud der Beklagte überwiegend wahrscheinlich mindestens teilweise sodann aktuelle Urlaubsfotos aus dem Ausland von seinem Handy auf Facebook (Urk. 19/7 S. 9 , Urk. 19/3 S.

3 f.).

Ein kurzer Film zeigt den Beklagten des Weiteren am 4. Oktober 2011 in geselliger Runde in der Schweiz an einem Tisch sitzend (Urk. 2/22, Urk. 19/7 S. 8).

Am 8. Oktober 2011 besuchte der Beklagte gemäss dem Eintrag in der Facebook-Chronik den

Club G.____

im Kanton Zürich (Urk. 19/7 S. 8) , welchen Club er gemäss der Facebook-Zusammenfassung im Jahr 2011 drei Mal besucht hatte (Urk. 19/7 S. 7) . Kurze Zeit, nachdem sich der Beklagte bei Dr. C.____

ab dem 7. November 2011 in psychiatrische Behandlung begeben hatte , in deren Verlauf er gemäss dem Bericht vom 2. Mai 2012 unter anderem über Interessen- und Freudverlust, verminderten Antrieb und Verlust des Selbstvertrauens geklagt hatte (Urk. 2/9) , verzeichnete die Facebook-Chronik im Widerspruch dazu den Aufenthalt des Beklagten an vier Orten in der Nähe von L.____ (Kosovo), und zwar vom 17. bis 24. Dezember 2011. Am 26. Dezember 2011 wurde ein Foto auf Facebook veröffentlicht, das den Beklagten auf einem Gruppenbild in der Nähe von K.____ zeigt. Am 1. Januar 2012 befand sich der Beklagte gemäss dem Facebook-Eintrag zudem im Club H.____ in L.____ , am 7. Januar 2012 in der Schweiz im Club G.____ und am 8. Januar 2012 in M.____ (Deutschland) (Urk. 19/7 S. 6 f.).

Dazwischen, nämlich anlässlich der Untersuchung vom 6. Januar 2012 hatte der Beklagte gegenüber den Ärzten der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie des Spitals D.____ angegeben , er leide unter einem Verhaltensverhalten mit Misstrauen gegenüber anderen Menschen, sozialer Isolation, Gedankenkreisen und ständigem Grübeln inhaltlich eingengt auf die aktuelle Schmerzsymptomatik (Urk. 2/7). Am 29. Januar 2012 nahm der Beklagte den noch an der Filmpremiere zum Film J.____

teil, wo er sich auch mehrmals in der Gruppe fotografieren liess und ein Interview gab (Urk. 19/3, Urk. 19/7 S. 5, Urk. 2/20/2). In der Zeit vom 17. bis 23. März 2012 war der Beklagte wiederum in M.____ (Urk. 19/7 S. 2 f.). 5.3 5.3.1

Angesichts dieser ausgewiesenen Aktivitäten des Beklagten in der hier massgeblichen Zeit von Mai 2011 bis Mai 2012 , die sich mit den von den psychiatrischen und somatischen Fachärzten erhobenen Befunden nicht vereinbaren lassen, ist eine psychische Erkrankung mit erheblicher Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit nicht überwiegend wahrscheinlich. Diesbezüglich ist auf die

überzeugenden Stellungnahme von

Dr. Z.____ vom 27. Dezember 2012 (Urk. 2/29)

abzustellen . Und zwar kam

Dr. Z.____ mit eingehender und nahe liegender Begründung zum Schluss, es sei aus psychiatrischer Sicht nicht nachvollziehbar, wie ein mittelschwer bis schwer depressiver Mensch, der eine soziale Isolation, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen geltend mache, und unter Antriebsstörungen leide, ein derart aktives Sozialleben mit Nachtclubbesuchen, Auslandsreisen, Dreharbeiten für einen Kinofilm und Auftritten bei Filmpremieren bewältigen könne. Es sei gleichermassen nicht nachvollziehbar, wie ein Mensch, der unter einer namhaften PTBS nach einem Autounfall leiden solle, als Schauspieler in einem Actionfilm mitwirke, bei dem wiederholt Gewalttaten stattfinden und er darin eine aktive Rolle in einem Autospiel. Die Diagnose einer PTBS sei bereits aufgrund der Angaben im Bericht der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie des Spitals D.____ (Urk. 2/7) nur mit Mühe nachvollziehbar und werde durch die Aktivitäten des Beklagten weiter entkräftet. Na mentlich sei es aus psychiatrischer Sicht selten, dass eine

PTBS erst gut vier Jahre nach dem Trauma auftrete. Zudem wäre das naheliegendste Vermeidungsverhalten für einen traumatisch belasteten Menschen nach einem Autounfall das angstvoll besetzte Vermeiden, ein Auto zu lenken. Dies sei beim Beklagten aber nicht der Fall. Dieser gebe sich vielmehr als autobeegeistert zu erkennen und nehme als Schauspieler in Autofahrten in einem Actionfilm teil. Auch seien die angegebenen kognitiven

Störungen nicht objektivierbar und nicht begründet. Die offenen Fragen und Diskrepanzen würden erhebliche Zweifel der Diagnose einer PTBS von Krankheitswert und einer schweren depressiven Störung aufkommen lassen. Die Zweifel würden auch durch den zeitlichen Ablauf der geltend gemachten Beschwerden gestützt, da der Beklagte erst nach dem Attestieren einer 100%igen Arbeitsfähigkeit durch die rheumatologische Klinik des Spitals D.____ im November 2011 und nach der Abweisung der somatischen Grundlage des Leidens durch die Suva ein unfallkausales psychisches Leiden ab Herbst 2011 geltend gemacht habe. Das gute soziale und berufliche Funktionsniveau des Beklagten (als Privatperson und als Schauspieler) mache eine medizinisch begründete Arbeitsunfähigkeit unwahrscheinlich. Es könne daher keine Arbeitsunfähigkeit attestiert werden, dies unabhängig davon, ob der Beklagte unter einer psychischen Störung (mit oder ohne Krankheitswert) oder einer Befindlichkeitsstörung mit Aggravation leide (Urk. 2/29 S. 3 ff.). 5 .

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