

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2015.00016**

## **vom 13. Juni 2016**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2016-06-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2015.00016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2015.00016)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2015.00016 du 13 juin 2016

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2015.00016 del 13 giugno 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 19 75, war vom 1. März 2012 (Urk. 12/4) bis 31. Oktober 2013 (Urk. 12/31-32) bei der Y.\_\_\_\_

AG, Z.\_\_\_\_, als Bauarbeiter tätig und über diese im Rahmen eines kollektiven Krankenzusatzversicherungsvertrages bei der Mutuel Krankenversicherung AG, Martigny (nach folgend: Mutuel), gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) für ein Taggeld versichert (Urk. 2/2). Am

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 120 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) kann der Schuldner die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird. Im Prozess wird die Verrechnung dadurch geltend gemacht, dass die Tilgung der eingeklagten Forderung infolge Verrechnung eingewendet wird. Bei der Einwendung der Verrechnung beziehungsweise der Verrechnungseinrede handelt es sich um ein materiellrechtliches Verteidigungsmittel des Beklagten im Prozess, ohne dass dieser den Weg der Widerklage oder der gesonderten Leistungsklage beschreiten muss (Viktor Aepli in: Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1h/1, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Vorbemerkungen zu Art. 120-126 OR, Zürich 1991, N 119 ff.).

#### **E. 1.2**

Die Beklagte hat, indem sie mit Klageantwort vom 25. Juni 2015 (Urk. 11) und damit vor Abschluss des Schriftenwechsels (vgl. Art. 229 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO) die Verrechnung mit einer Forderung für in der Zeit vor dem 16. Mai

2013 ausgerichteter Taggeldleistungen im Betrag von Fr. 3'819.75 geltend machte, die Einrede der Verrechnung erhoben.

#### **E. 1.3**

Am 27. November 2015 zog die Beklagte ihre am 25. Juni 2015 erhobene Verrechnungseinrede

im Betrag von Fr. 3'819.75 zurück (Urk. 21 S. 4), weshalb von einem Rückzug der Verrechnungseinrede im Betrag von Fr.

3'819.75 Vormerk zu nehmen ist.

2.

#### **E. 2**

6. März 2015 (Urk. 1), welche er am 21. April 2015 (Urk. 6) ergänzte, Klage gegen die

Mutuel

mit dem Rechtsbegehren, es sei diese zu verpflichten, ihm für die Zeit vom 1. November 2013 bis

### **E. 2.1**

und 9C\_368/2008 vom 11. September 2008 E.

2 je mit Hinweisen).

Eine erst nach Jahren rückwirkend festgelegte medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit, ohne dass der seinerzeitige Arbeitgeber die Leistungseinbuße bemerkt hätte, genügt nicht (Urteil des Bundesgerichts 8C\_41/2011 vom 17. Mai 2011 E. 2.2 und B 5/06 vom 4. Februar 2008 E. 3.3). 5.2.3

Da die Taggeldzahlungen aus der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach ihrer Natur das laufende Einkommen der

versicherten Person ersetzen soll

und daher fortlaufend gefordert und erbracht werden (BGE 139 III 418

E. 4.1), fällt die ärztliche Bescheinigung einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit normalerweise in den Zeitraum, für den Taggelder gefordert werden können (Urteil des Bundesgerichts 4A\_280/2013 vom 20. September 2013 E. 5.3). Nach der Rechtsprechung kann indes auch auf eine rückwirkende Einschätzung einer Arbeitsunfähigkeit abgestellt werden, wenn diese nachvollziehbar begründet wurde und zu überzeugen vermag (Urteil des Bundesgerichts 4A\_280/2013 vom 20. September 2013 E. 3.3). 5.3

Bei den erwähnten Vertragsbestimmungen und Klauseln der AVB handelt es sich weder um unklare noch um ungewöhnliche Klauseln, welche von der globalen Zustimmung ausgenommen und auf welche gesondert aufmerksam gemacht werden müssen (Ungewöhnlichkeitsregel; vgl. Urteil des Bundesgerichts

4C.175/2004 vom 31. August 2004 E.

2.3.1). Die Y.\_\_\_\_

AG musste nach dem klaren Wortlaut der AVB die Begriffe der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit nach dem Vertrauensprinzip

daher grundsätzlich im Sinne der in Art. 3 und Art. 6 ATSG enthaltenen Begriffsbestimmungen verstehen. 6.6.1

Die Y.\_\_\_\_

AG und die Beklagte haben, wie bereits erwähnt (vorstehend E.

### **E. 2.2**

Mit Replik vom 21. August 2015 hielt der Kläger an seinem klageweise gestellten Rechtsbegehren fest und beantragte, es sei die mit Klageantwort vom 25. Juni 2015 eventualiter erhobene Verrechnungseinrede der Beklagten abzuweisen (Urk. 15 S. 3). Mit Duplik vom 27. November 2015 hielt die Mutuel

an ihrem Antrag auf Abweisung der Klage fest und zog ihre Verrechnungseinrede zurück (Urk. 21 S.

4). Mit Eingabe vom 7. Januar 2016 ( Urk. 26) nahm der Kläger zur Duplik vom 27. November 2015 ( Urk. 21) und zu den Beilagen ( Urk. 22/64-65) Stellung und beantragte, dass vom Rückzug des Verrechnungsantrages der Beklagten Vormerk zu nehmen sei. Eine Kopie dieser Eingabe wurde der Beklagten am 8. Januar 2016 zugestellt ( Urk. 28).

Mit Verfügung vom 23. März 2016 (Urk. 29) wurde den Parteien die Gelegenheit eingeräumt, dem Gericht im Rahmen einer schriftlichen Stellungnahme mitzuteilen, falls sie die Durchführung einer Hauptverhandlung wünschen. Mit Eingabe vom 5. April 2016 (Urk. 31) verzichtete die Beklagte und mit Eingabe vom 18. April 2016 (Urk. 32) der Kläger auf die Durchführung einer Hauptverhandlung, wovon den Parteien am 19. April 2016 (Urk. 33) je eine Kopie zugestellt wurde. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.7**

) wird in der Regel eine Frist von drei bis fünf Monaten als angemessen erachtet, wobei die Frist mit der Aufforderung zum Berufswechsel zu laufen beginnt. Vorliegend gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die Y.\_\_\_\_ AG das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 26. August 2013 per 31. Oktober 2013 auflöste (Urk. 12/31), dass sich der Kläger gemäss seinen Angaben rechtzeitig bei den Organen der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet habe (Urk. 15 S. 7), indes wegen fehlender Vermittlungsfähigkeit keine Arbeitslosenentschädigung bezogen habe (Urk.

### **E. 3**

1. August

2014 Krankentaggeldleistungen im Betrag von insgesamt Fr. 35'178.90 zu bezahlen (Urk. 1 S. 3, Urk.

### **E. 3.1**

), welche am 14. März 2013

zu laufen begann und am 12. April 2013 endete, der Y.\_\_\_\_

AG beziehungsweise dem Kläger für die Zeit vom 14. März bis 21. August

2013 und vom 19. September bis 31. Oktober 2013 (vgl. Urk. 12/32) ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % ausgerichtet. Insgesamt hat die Beklagte daher (unter Einschluss der Wartezeit) dem Kläger für insgesamt 235 Tage Krankentaggeldleistungen ausgerichtet. Der streitige Taggeldanspruch für den Zeitraum vom 1. November 2013 bis 31. August 2014 (304 Tage)

kommt daher innerhalb der vertraglichen Taggeldbezugsdauer (730 Tage) zu liegen. 6.3

Im Folgenden ist für den streitigen Zeitraum 1. November 2013 bis 31. August 2014 auf Grund der massgebenden medizinischen Aktenlage die Arbeitsunfähigkeit zu prüfen. 6.4

Dr. med. A.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, diagnostizierte mit Bericht vom 29. Mai 2013 (Urk. 12/8) eine zervikale Diskushernie und erwähnte, dass eine ventrale Diskektomie geplant sei, und dass die Arbeitsfähigkeit durch Dr. B.\_\_\_\_ zu beurteilen sei. 6.5

Dr. med. B.\_\_\_\_, Fachärztin für Neurochirurgie, erwähnte in ihrem Bericht vom 1. Juli 2013 (Urk. 12/15/2), dass die zervikale Diskushernie des Beschwerdeführers am 11. Mai 2013

operiert worden sei und stellte die folgenden Diagnosen (S. 1) : - Diskushernie C5/6 mit beginnender Rückenmarkkompression und Kompression des Nervs C6 präforaminal links betont - Status nach ventraler Mikrodiskektomie C5/6 und interkorporeller

Spondylodese mit Einsetzen eines Käfigs (Cage) - kontinuierliches EMG-Monitoring

Sie erwähnte, dass eine MRI-Untersuchung der Halswirbelsäule (HWS) vom 1. Juli

2013 eine gute Platzierung des intervertebralen Interponats C5/6 mit Knochenmarködem in beiden Wirbelkörpern C5/6 und eine residuelle

Foramenstenose C5/6 beidseits ergeben habe. Bei schwerer Belastung sei die Tragung eines Halskragens für einen weiteren Monat angezeigt. Bis 1. August

2013 bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % . Anschliessend sei damit zu rechnen, dass der Kläger eine leichte Arbeit im Umfang eines Arbeitspensums von 40 % bis 60 % werde aufnehmen können (S. 2). 6.6

Am 21. August 2013 diagnostizierte Dr. med. C.\_\_\_\_, Fachärztin für Allgemeine Innere Medizin, eine Hals-Diskushernie seit März 2013 bei einem Status nach Operation im Mai 2013 und führte aus, dass gegenwärtig noch leichte Defizite bestünden, und dass eine Arbeitsaufnahme mit körperlich leichten Tätigkeiten ab dem 26. August 2013 zu versuchen sei (Urk. 12/23). 6.7

In ihrem Bericht vom 19. September 2013 (Urk. 12/26/1) erwähnte Dr. B.\_\_\_\_, dass der Beschwerdeführer weiterhin unter starken Schmerzen im Bereich seines linken Armes mit starken Muskelverspannungen leide, dass eine Arbeitsintegration nicht erfolgreich verlaufen sei, und dass eine CT-gesteuerte Infiltration C6 links vorgesehen sei (S. 2).

Gleichen Tags attestierte sie dem Kläger für die Zeit vom 1. August bis 30. Oktober 2013 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 12/26/2).

Mit Bericht vom 26. September 2013 (Urk. 12/30) stellte Dr. B.\_\_\_\_ fest, dass beim Kläger gleichentags eine CT-gesteuerte Infiltration durchgeführt worden sei. Falls dadurch keine Verbesserung zu erreichen sei, müsse über eine erneute Mikrodiskektomie im Nachbarsegment C6/7 in Betracht gezogen werden. Das Heben und Tragen von Lasten von einem 15 Kilogramm übersteigenden Gewicht sei kontraindiziert. Es bestehe weiterhin eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis auf weiteres (S. 2).

Mit Zeugnis vom 30. Oktober 2013 (Urk. 12/33/2) attestierte Dr. B.\_\_\_\_ dem Kläger für die Zeit vom 30. Oktober bis 31. Dezember 2013 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit.

Am 15. Januar 2014 (Urk. 12/38) stellte Dr. B.\_\_\_\_ eine starke Verbesserung der Wurzelkompression C6 links fest,

jedoch auch eine progressive Verschlechterung der Zervikobrachialgie im Nachbarsegment C6/7, weshalb eine ventrale Mikrodiskektomie C6/7 indiziert sei. 6.8

Dr. C.\_\_\_\_

erwähnte in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar

2014 (Urk.

12/42), dass der Kläger Mitte August 2013 noch unter Restbeschwerden im linken Arm bei Rechtsdominanz gelitten habe, worauf ein Arbeitsversuch mit körperlich leichter Arbeit in die Wege geleitet worden sei. Der Arbeitsversuch habe anschliessend wegen starker

Schmerzen im Arm abgebrochen werden müssen. Ein e anschliessend durchgeführte MRI-Untersuchung der HWS habe eine sympto matische Diskushernie mit Nervenreizung auf Höhe C7 sowie eine residuelle

Foramenstenose auf Höhe C6 ergeben. Diese Kompression sei für die Symptome verantwortlich. Auf Grund des gescheiterten Arbeitsversuchs, bei dem der Kläger laut den Angaben seiner Arbeitgeberin Wischarbeit verrichtet und Schutzwände aufgestellt, laut den Angaben des Kläger jedoch mit dem Schlagbohrer gear bei tet habe, sei eine Arbeitsfähigkeit für leichte Arbeiten ge genwärtig zu ver nei nen.

6.9

Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, stellte in seinem Gutachten vom 10. April 2014 (Urk. 12/50) die folgenden Diagnosen (S. 3): - akutes Zervikalsyndrom nach Hebetauma vom 12. Februar 2013 mit - Verdacht auf zervikoradikuläres Syndrom C5/6 links bei Diskus protrusion /-hernie bei - Status nach ventraler Diskektomie C5/6 mit Cage- Spondylodese am 11. Mai 2013 - Beschwerdepersistenz bei Verdacht auf sekundäre somatoforme Schmerzstörung

Der Gutachter erwähnte, dass eine am 26. September

2013 durchgeführte peri radi kuläre Infiltration im Bereich der Wurzel C/6 links gemäss den Angaben des Beschwerdeführers nur ein bis zwei Tage Linderung gebracht h ab e . Seither hätten sich die Beschwerden gemäss den Angaben des Kläger s nicht verändert . Ein erneu tes MRI vom 4. März 2015 habe regelrechte Verhältnisse, insbesondere einen regulären Befund an der Spondylodese C5/6 und eine klinisch kaum rele vante Forameneinengung C5/6 ergeben . Eine Forameneinengung C6/7 habe nicht nachgewiesen werden können. Insgesamt hätten sich keine Hinweise auf eine C6- oder C7-Kompression links ergeben. Da die den Kläger behande lnde Ärztin ( Dr. B.\_\_\_\_ ) jedoch eine C7-Kompression vermutet habe, sei eine Zweit meinung bei Dr. E.\_\_\_\_ eingeholt worden, welcher den Kläger am 25. März 2014 untersucht habe und festgestellt habe, dass radiologisch eine residuelle C5/6-Stenose möglich sei, dass eine solche die geklagten Beschw e r den jedoch nicht erklären könn e, weshalb eine erneute Operation nicht zu empfehlen sei (S. 2). Der Gutachter führte aus, dass nach rein somatischen Kriterien eine weitgehende Resti tution eigentlich erreicht sein müsste (S. 3), und dass e ine objektiv m e ssbare Einschränkung der Leistungsfähigkeit, welche eine Arbeitsunfähigkeit erklären könnte, beim Kläger nicht ausgewiesen sei . Nach objektiven Kriterien besteh e daher keine Arbeitsunfähigkeit . Bei den geklagten Beeinträchtigungen handle es sich vielmehr um ein subjektives Unvermögen zu arbeiten (S. 4) .

Der Gutachter stellte fest, dass dem Kläger die Ausübung seiner bisherigen Tätig keit als Bauarbeiter ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 50 %

(S. 41 it . B Ziff. 2 und 3), die Ausübung wechselbelastender Tätigkei ten, welche keine spezifische Belastung des linken Armes erforderten, im Um fang eines Arbeitspensums von 50 % bis 100 % (1 it . C Ziff. 1 und 3), und die Ausübung einer

behinderungs angepassten

Tätigkeit, ohne Belastung des linken Armes, ohne Heben von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm, ohne Über kopparbeiten und ohne Arbeiten mit repetitiven Erschütterungen (zum Beispiel Tätigkeiten als Kurier und im Wachdienst) ab sofort im Umfang eines Arbeits pensums von 100 %

(S. 41 it . B Ziff. 2) zuzumuten sei . 6 .10

Am 29. September 2015 ( Urk. 22/65) nahm Dr. D.\_\_\_\_ zu seinem Gutachten vom 10. April 2014 ergänzend Stellung und führte aus, dass seine prospektiven Angaben zur Arbeitsfähigkeit im Gutachten auch retrospektiv für die Zeit ab 1. September 2013 gelten würden. Denn der Gesundheitszustand des Klägers habe sich in der Zeit vom 1. September 2013 bis zum Begutachtungszeitpunkt (vom 7. April 2014) nicht wesentlich verändert. Nach objektiven Kriterien müsse von einer Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit des Klägers von 100 %

und nach subjektiven Kriterien von einer solchen von höchstens 50 % ausgegangen werden. Ab dem 1. September 2013 sei von einer Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit von über 75 % auszugehen (S. 1) . 7 . 7 .1

Den erwähnten medizinischen Akten ist zu entnehmen, dass der Kläger unter einer zervikalen Diskushernie litt, welche am 11. Mai 2013 mit ventraler Mikrodiskektomie C5/6 und interkorporeller

Spondylodese

behandelt wurde (vorstehend E).

6.5). Während Dr. B.\_\_\_\_ in ihrem Bericht vom 1. Juli 2013 (vorstehend E).

6.5) davon ausging, dass der Kläger ab 1. August 2013 eine leichte Arbeit im Umfang eines Arbeitspensums von 40 % bis 60 % werde aufnehmen können, erwähnte sie mit Bericht vom 19. September 2013 (vorstehend E).

6.7), dass eine Arbeitsintegration gescheitert sei, und stellte in ihrem Bericht vom 26. September 2013 (vorstehend E).

6.7) eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis auf weiteres fest. Damit übereinstimmend erwähnte Dr. C.\_\_\_\_

in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2014 (vorstehend E).

6.8), dass ein Arbeitsversuch Mitte August 2013 wegen starker Schmerzen im Arm abgebrochen werden müsse, und stellte eine vollständige Arbeitsunfähigkeit für leichte Arbeiten fest . 7 .2

Demgegenüber stellte Dr. D.\_\_\_\_

in seinem Gutachten vom 10. April 2014 (vorstehend E).

6.9) neben der Diagnosen eines akuten

Zervikalsyndroms mit

Verdacht auf ein zervikoradikuläres Syndrom C/5/6 links bei Diskusprotrusion /-hernie bei Status nach ventraler Diskektomie C5/6 am 11. Mai 2013 die Verdachtsdiagnose einer sekundären somatoformen Schmerzstörung und stellte fest, dass eine objektiv messbare Einschränkung, welche eine Arbeitsunfähigkeit erklären würde, nicht ausgewiesen sei. Er ging davon aus, dass dem Kläger die Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit als Bauarbeiter ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 50 %, die Ausübung wechselbelastender Tätigkeiten, ohne besondere Belastung des linken Armes, ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % bis 100 %, und die Ausübung einer behinderungsangepassten,

wechselbelastenden Tätigkeit, ohne Belastung des linken Armes, ohne Heben von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm, ohne Überkopfarbeiten und ohne Arbeiten mit repetitiven Erschütterungen ab sofort im Umfang eines Arbeitspensums von 100 %

zuzumuten sein. 7.3

In seiner Stellungnahme vom 29. September 2015 (vorstehend E.

6.10) präzisierte Dr. D.\_\_\_\_, dass sich der Gesundheitszustand des Klägers in der Zeit vom 1. September 2013 bis zum Begutachtungszeitpunkt vom 7. April 2014 nicht wesentlich verändert habe, weshalb in diesem Zeitraum von einer unveränderten Arbeitsfähigkeit auszugehen sei. Da Dr. D.\_\_\_\_ festhielt, dass der prospektiven Arbeitsfähigkeitsbeurteilung in seinem Gutachten vom 10. April

2014

auch retrospektiv ab 1. September 2013 Geltung zukomme, ging er davon aus, dass dem Kläger die Ausübung einer behinderungsangepasster, wechselbelastender Tätigkeit, ohne Belastung des linken Armes, ohne Heben von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm, ohne Überkopfarbeiten und ohne Arbeiten mit repetitiven Erschütterungen ab 1. September 2013 im Umfang eines

Arbeitspensums von 100 % zuzumuten sei. 8.8.1

Gemäss Art. 157 ZPO bildet sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. Das Gericht legt demzufolge die Kraft eines Beweises mittels seiner Überzeugung fest und befindet frei von Beweisregeln,

nach seiner eigenen Überzeugung darüber, ob es eine behauptete Tatsache als wahr oder unwahr einstuft

(BGE 137 III 266 E. 3.2; Franz Hasenböhler, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zu ZPO, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 157 ZPO N 8). 8.2

Nach Art. 168 Abs. 1 ZPO sind als Beweismittel das Zeugnis (lit. a), die Urkunde (lit. b), der Augenschein (lit. c), das Gutachten (lit. d), die schriftliche Auskunft (lit. e) sowie die Parteibefragung und die Beweisaussage (lit. f). Diese Aufzählung ist abschliessend; im Zivilprozessrecht besteht insofern ein numerus clausus der Beweismittel (Urteil des Bundesgerichts 5A\_957/2012 vom 28. Mai 2013 E. 2). Nach der Rechtsprechung stellen Privatgutachten keine Gutachten im Sinne von Art.

168 Abs. 1 lit. d ZPO dar. Bei Letzteren handelt es sich vielmehr einzig um die vom Gericht eingeholten Gutachten (BGE 141 III 433 E. 2.5.2). Des Gleichen handelt es sich bei Privatgutachten nicht um Urkunden

im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO (BGE 141 III 433 E. 2.5.3). Privatgutachten stellen im Zivilprozess daher keine Beweismittel dar, sondern gelten lediglich als Parteibehauptungen

beziehungsweise als Bestandteil der Parteivorbringen (BGE 141 III 433 E. 2.5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.5; vgl. BGE 132 III 83 E. 3.4).

Zu beweisen sind nur Tatsachenbehauptungen, die ausdrücklich bestritten sind. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden (BGE 117 II 113 E. 2); die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (BGE 115 II 1 E).

4). Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indes nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6).

Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden indes meist besonders substanziiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substanziiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substanziiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden (BGE 141 III 433 E. 2.6). 9.9.1

Klageweise macht der Kläger eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der Zeit vom 1. November 2013 bis zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens durch Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April

2014 geltend. Zur Begründung dieser Tatsachenbehauptung stützt sich der Kläger ausschliesslich auf das Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April 2014 und nicht auf die Beurteilungen durch die behandelnden Ärzte. Dabei machte er geltend, dass auf Grund des Umstandes, dass ihm Dr. D.\_\_\_\_ in seinem Gutachten die Ausübung einer behinderungsangepassten Tätigkeit erst ab dem Zeitpunkt des Verfassens des Gutachtens vom 10. April 2014 habe zumuten wollen, von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf jegliche Arbeiten während der Zeit vom 1. November 2013 bis 9. April 2013 auszugehen sei (Urk. 1 S. 5). 9.2

Mit Replik vom 31. August 2015 (Urk. 15) hielt der Kläger an seinem klageweise gestellten Rechtsbegehren fest und machte erneut eine vollständige Arbeitsunfähigkeit während der Zeit vom 1. November 2013 bis 10. April 2014 geltend. Dabei stützte er sich erneut ausschliesslich auf das Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_ vom 10. April 2014 und führte aus, dass die Parteien lediglich bezüglich des Beginns der durch Dr. D.\_\_\_\_ attestierten Arbeitsfähigkeit nicht einig seien (Urk. 15 S. 1).

### **E. 3.4**

In Art. 28 AVB ist das Zusammentreffen mit Leistungen Dritter geregelt: Gemäss dessen Ziff. 4 erbringt der Versicherer seine Leistungen ergänzend zu den Leistungen, die nicht durch einen Sozialversicherer gedeckt sind, im Umfang der in der Police vorgesehenen Leistungen. 4.4.1

Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages so wohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Es ist demnach in erster Linie der festgestellte wirkliche Wille der Vertragsparteien massgebend. Lässt sich dieser nicht feststellen, ist der mutmassliche Parteiwille zu ergründen. Dieser ist nach dem Vertrauensgrundsatz zu ermitteln (BGE 119 II 372 E).

4b). Danach sind Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang so wie den gesamt Umständen vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 111 II 279 E. 2b). Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der die Sache verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. 4.2

Darauf, dass der Vertragspartner eine Vereinbarung nach Treu und Glauben in einem gewissen Sinne hätte verstehen müssen, darf sich die Gegenpartei nur berufen, soweit sie selbst die Bestimmung tatsächlich so verstanden hat (vgl. BGE 105 II 16 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_219/2010 vom 28. September 2010

E. 1, nicht publ. in: BGE 136 III 528). Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann mithin nicht zu einem normativen Konsens führen, der so von keiner der Parteien gewollt ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_538/2011 vom 9. März 2012 E. 2.2). 4.3

Schliesslich und subsidiär wird die Geltung vorformulierter AVB durch die sogenannte Unklarheits- und die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Nach der Unklarheitsregel sind mehrdeutige Klauseln in Versicherungsverträgen gegen den

Versicherer als deren Verfasser auszulegen (BGE 122 III 118 E. 2a, 126 III 388 E).

9d). Diese Regel ist indessen erst dann anzuwenden, wenn die übrigen Auslegungsmittel zu keinem Resultat führen und der bestehende Zweifel nicht anders beseitigt werden kann (BGE 122 III 118 E. 2d). 4.4

Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind von der globalen Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen

Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungsenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 135 III 1 E. 2.1 mit Hinweisen). 5.5.1

Mangels eines übereinstimmenden wirklichen Willens sind die Klauseln der AVB nach dem Vertrauensprinzip und somit normativ auszulegen. Entscheidend ist daher, wie die Y.\_\_\_\_

AG als andere Vertragspartei die Klauseln verstehen durfte und musste. In Art. 3 Ziff. 1 AVB ist der Begriff der Krankheit als eine unbeabsichtigte Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Gesundheit, die eine medizinische Untersuchung,

Behandlung oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, und die nicht Folge eines Unfalls ist, definiert. Diese Definition stimmt grundsätzlich mit der als allgemein gebräuchlich geltenden Definition der Krankheit von Art. 3 ATSG überein. 5.2.5.2.1

Gleiches gilt für die Definition der Arbeitsunfähigkeit in Art. 3

Ziff. 5 der AVB, welche grundsätzlich mit der in Art. 6 ATSG enthaltenen Definition der Arbeitsunfähigkeit übereinstimmt, wonach es sich bei Arbeitsunfähigkeit um eine durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten handelt, und wonach bei langer Dauer auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt wird. 5.2.2

Nach der Rechtsprechung ist unter relevanter Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 6 ATSG eine Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zu verstehen. Das heisst, es muss arbeitsrechtlich in Erscheinung treten, dass der Versicherte an Leistungsvermögen eingebüsst hat, so etwa durch einen Abfall der Leistungen mit entsprechender Feststellung oder gar Ermahnung des Arbeitgebers oder durch gehäufte, aus dem Rahmen fallende gesundheitlich bedingte Arbeitsausfälle (Urteile des Bundesgerichts 9C\_276/2010 vom 2. Juli 2010 E.

3.3, 8C\_380/2009 vom 17. September 2009 E.

#### **E. 6**

S. 2).

Mit Klageantwort vom 25. Juni 2015 (Urk. 11) beantragte die Mutuel, die Klage sei abzuweisen; eventuell seien die für die Zeit vor dem 16. Mai 2013 zu Unrecht ausgerichteten Taggeldleistungen im Betrag von Fr. 3'819.75 bei einer Gutheissung der Klage mit einer weiteren Zahlungspflicht des Versicherers zu verrechnen (Urk.

#### **E. 11**

S. 10 und S. 7).

#### **E. 14**

und 16). 3.

#### **E. 15**

S. 8). Es ist mithin davon auszugehen, dass sich der Kläger

rechtzeitig per 1. November 2013 bei den Organen der Arbeitslosenversicherung zur Arbeitsvermittlung und zum Leistungsbezug

angemeldet hat. 10.4

Gemäss Art. 10 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) umfasst der Begriff der vollen Arbeitslosigkeit die Tatbestandsmerkmale des Fehlens eines Arbeitsverhältnisses, der Suche nach einer Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigung (Abs. 1 und Abs. 2) und der Anmeldung beim Arbeitsamt zur Arbeitsvermittlung (Abs. 3). Dagegen setzt der Begriff der Arbeitslosigkeit als solcher das Element der Arbeitsfähigkeit nicht voraus (Urteil des Bundesgerichts C\_140/05 vom 1. Februar 2006 E.

3.2.2). Entsprechend liegt nach der Rechtsprechung ein von der Krankentaggeldversicherung nach Art. 73 Abs. 1 KVG zu entschädigender Verdienstausfall vor, wenn eine Person zwar grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosentaggelder hat, zufolge Krankheit in diesen vorübergehend vermittlungsunfähig ist und deshalb keine Arbeitslosentaggelder beziehen kann (BGE 128 V 149 E. 3b mit Hinweisen). Damit übereinstimmend geht auch die Rechtsprechung zu Art. 100 Abs. 2 VVG (Urteil des Bundesgerichts 4A\_556/2010 vom 2. Februar 2011 E. 2.4) davon aus, dass Arbeitslosigkeit anzunehmen ist, wenn die versicherte Person zwar grundsätzlich zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern berechtigt ist, zufolge Krankheit in diesen vorübergehend vermittlungsunfähig

ist und deshalb keine Arbeitslosentaggelder bezieht. 10.5

Gemäss der im Bereich der privaten Krankentaggeldversicherung analog gelten den Rechtsprechung zur sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht nach Art. 21 Abs. 4 ATSG (vorstehend E. 2.7) erübrigt sich bei arbeitslosen Personen eine Aufforderung zum Berufswechsel und zur Suche einer neuen Stelle in einem anderem Beruf (Urteile des Bundesgerichts 8C\_889/2014 vom 23. Februar 2015 E. 4.3.2 und 8C\_838/2012 vom 19. April 2013 E. 4.2.1). 11.1.1.1

Nach Gesagtem, steht daher fest, dass der Kläger ab 1. November 2013 im Sinne von Art. 10 AVIG arbeitslos war, weshalb nach der erwähnten Rechtsprechung (vorstehend E. 10.4) eine besondere Aufforderung durch die Beklagte zum Berufswechsel und zum Suchen einer neuen Stelle entbehrlich war. Unter diesen Umständen ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beklagte den Kläger am 23. Oktober 2013 zum Berufswechsel beziehungsweise zum Suchen einer behinderungsangepassten Tätigkeit aufforderte. Demzufolge steht fest, dass es dem Kläger in Nachachtung der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht ab dem 1. November 2013 zuzumuten war, eine behinderungsangepasste Tätigkeit im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums auszuüben. Ein Anspruch auf Krankentaggeld ist folglich ab diesem Zeitpunkt zu verneinen. 11.2

Da der Kläger ein Anspruch auf Krankentaggeldleistungen für den streitigen Zeitraum vom 1. November 2013 bis 31. August 2014 nicht mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beweisen vermag, ist die Klage abzuweisen. 12.

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.1 nicht publiziert in: BGE 137 III 47).

Der nicht berufsmässig vertretenen Beklagten steht praxisgemäss keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 68 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG; BGE 133 III 439 E. 4). Das Gericht beschliesst: Es wird davon Vormerken genommen, dass die Beklagte am 27. November 2015 die Verrechnungseinrede im Betrag von Fr. 3'819.75 zurückgezogen hat, und erkennt:

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