

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2016.00033 vom 31. August 2018

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-08-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2016.00033](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2016.00033)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2016.00033 du 31 août 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2016.00033 del 31 agosto 2018

## Erwägungen

### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1971, war seit September 2013 als Servicemitarbeiterin bei der Y.\_\_\_\_ SA angestellt (Urk. 14/K1). Die Arbeitgeberin hatte mit der Schweizerischen Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG

(nachfolgend: Mobiliar) für ihre Angestellten eine kollektive Krankentaggeldversicherung gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) abgeschlossen (Police Nr. G-0161-4176: 730 Taggelder in der Höhe von 80 % des versicherten Lohnes bei einer Wartefrist von 2 Tagen je Arbeitsjahr; Urk. 2/35). Am 20. November 2013 ging bei der Mobiliar die Meldung ein, die Versicherte sei seit dem 30. Oktober 2013 und voraussichtlich bis auf weiteres krankheitsbedingt arbeitsunfähig (Urk. 14/K1 S. 2 f.). Die behandelnden Ärzte der Versicherten, Dr. med. Z.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Rheumatologie und Innere Medizin, und A.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Innere Medizin, stellten entsprechende Arbeitsunfähigkeitsatteste aus (Arbeitsunfähigkeit 100 %; Urk. 14/B1 ff.). Die Mobiliar richtete in der Folge Taggelder aus (vgl. Urk. 2/36).

Sowohl

Dr. Z.\_\_\_\_

als auch Dr. A.\_\_\_\_ hielten in ihren Berichten an die Mobiliar fest, die Versicherte leide unter den Folgen einer aktivierten

Coxarthrose links, und merkte an, das Leiden werde derzeit ambulant behandelt, mit einem operativen Vorgehen werde noch zugewartet (Urk. 14/M1-2). Die Ärzte der Uniklinik B.\_\_\_\_, an die die Versicherte überwiesen wurde,

nannten

in ihren Berichten als Diagnose nebst der linksseitigen Coxarthrose eine Hyposensibilität im Bereich der linken Körperhälfte mit unklarer Ursache (Urk. 14/M5, Urk. 14/M7). Am 16. April 2014 erfolgte durch die Ärzte der Uniklinik B.\_\_\_\_ eine operative Versorgung mit einer Hüft-Totalprothese (Urk. 14/M10). Die hier für nötige stationäre Behandlung dauerte bis zum 19. April 2014 (Urk. 14/M12). Im Anschluss an eine Kontrolluntersuchung hielten die Ärzte der Uniklinik B.\_\_\_\_ am 18. Juli 2014 fest, die Versicherte sei beschwerdearm und zufrieden. Sie erhalte Physiotherapie und benötige nachts noch Schmerzmittel. Es bestehe derzeit eine Insuffizienz der Hüftabduktoren. Im Übrigen sei der Verlauf regelrecht. Angezeigt sei jetzt ein Belastungsaufbau sowohl im Alltag als auch in der Freizeit (Urk. 14/M14).

Am 13. August 2014 teilte die Mobiliar der Versicherten mit, in einer geeigneten Tätigkeit bestehe mittlerweile eine vollständige Arbeitsfähigkeit. Im Sinne einer Übergangsfrist würden die Taggeldleistungen noch bis zum 31. August 2014 erbracht und hernach eingestellt (Urk. 14/K 31). Gegen die vorgesehene Einstellung der Leistungen opponierte Dr. A.\_\_\_\_ am 22. August 2014 im Namen der Versicherten. Er wies darauf hin, als Mitarbeiterin im Service oder in der Küche bestehe nach wie vor eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Erst ab Mitte September 2014 könne mit der Wiedererlangung einer Arbeitsfähigkeit von 50 % gerechnet werden (Urk. 14/M15). Die Ärzte der Uniklinik B.\_\_\_\_

hielten am 4. November 2014 ergänzend fest, nach wie vor seien die Hüftabduktoren insuffizient und druckschmerzhaft, weswegen die Tätigkeit im Service derzeit nicht möglich sei. Bis zum 12. Oktober 2014 werde eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert (Urk. 14/M18).

Die Mobiliar richtete in der Folge bis zum 12. Oktober 2014 Taggelder aus. Für die Zeit ab dem 13. Oktober 2014 ging sie von einer Arbeitsfähigkeit von 100 % in einer angepassten Tätigkeit aus (vgl. Urk. 14/K 39, Urk. 14/K 42). Trotz Einwänden seitens der Versicherten (Urk. 14/K46 f.) blieb die Mobiliar bei ihrem Entscheid (Urk. 14/K49, Urk. 14/K52).

### **E. 1.1**

Zu beurteilen ist der Anspruch auf Taggeldleistungen aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG). Ansprüche aus der Zusatzversicherung unterstehen nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes über die Aufsicht über die Krankenkassen (KVAG) dem VVG. Art. 87 VVG gewährt demjenigen, zu dessen Gunsten die kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2c; Peter Stein, Basler Kommentar VVG, Basel 2001, Art. 87 VVG N 15; Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/2, Basel 1979, S. 729). Die Kantone können gestützt auf Art.

### **E. 1.2**

Die für das Sozialversicherungsgericht verbindliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung findet sich in Art. 32 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO). Demnach ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. Urs Feller/Jürg Bloch, in: Sutter-Somm / Hasenböhler /Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 32 N 45 ff.). Die Klägerin hat ihren Wohnsitz im Kanton Zürich; damit ist die örtliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich gegeben.

### **E. 1.3**

Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das einfache Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Gericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6). Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts Anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei

anerkannt hat ( Art. 58 ZPO). Es bildet seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise ( Art. 157 ZPO).

#### **E. 1.4**

Gemäss Art.

#### **E. 1.5**

Nach Art. 247 Abs. 2 lit . a i.V.m . Art. 243 Abs. 2 lit . f ZPO untersteht die Streitigkeit der sogenannten sozialen Untersuchungsmaxime. Bei der sozialpolitisch begründeten Untersuchungsmaxime geht es darum, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen. Die Parteien sind jedoch nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn dies bezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Aber es führt nicht von sich aus eigene Untersuchungen durch. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (Urteile des Bundesgerichts 4A\_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1 und 4A\_592/2015 vom 18. März 2016, E. 3 mit Hinweis auf BGE 141 III 569). 2.

#### **E. 2**

Am

##### **E. 2.1**

Die Beklagte macht geltend, die Vertretung der Klägerin und damit die Klage seien mangelhaft.

Es sei von einer berufsmässigen Vertretung auszugehen, denn die C.\_\_\_\_ erhoffe sich, durch die Führung des Prozesses zu einem Erlös zu kommen, um so die der Klägerin ausbezahlten Sozialhilfeleistungen teilweise wieder einzubringen . Zur berufsmässigen Vertretung befugt seien gemäss Art. 68 Abs. 2 lit . a ZPO ausschliesslich Anwältinnen und Anwälte die nach dem Anwaltsgesetz zur Vertretung zugelassen und im Anwaltsregister eingetragen seien. Dies treffe weder für die C.\_\_\_\_ noch für Rechtsanwa lt Oliver Streiff zu (Urk. 12 S. 3 ff. Rz 4 ff.).

##### **E. 2.2**

Gemäss Art. 68 Abs. 2 lit . a ZPO sind zur berufsmässigen Vertretung in allen Verfahren Anwältinnen und Anwälte zugelassen , die nach dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten .

Rechtsanwa lt Streiff führt das Mandat für die C.\_\_\_\_ , die die Klägerin vertritt und deren Angestellter er ist (vgl. Urk. 3 ). Von einer berufsmässigen Vertretung im Sinn von Art. 68 Abs. 2 ZPO kann indessen nicht gesprochen werden, auch wenn die Vertretung durch die C.\_\_\_\_ vor dem Hintergrund der an die Klägerin ausgerichteten Sozialhilfe erfolgt. Die Einschränkung der Zulässigkeit der berufsmässigen Vertretung gemäss Art. 68 Abs. 2 lit . a ZPO auf Anwältinnen und Anwälte, die gemäss dem BGFA zur Parteivertretung vor

schweizerischen Gerichten berechtigt sind, dient der Sicherung der Qualität der Vertretung. Durch diese Beschränkung soll sichergestellt werden, dass die im Anwaltsgesetz vorgesehenen Qualitätssicherungsregeln in Verfahren, die der ZPO unterstehen, zum Zuge kommen, wenn der Vertreter "berufsmässig" auftritt.

Für die Auslegung des Begriffs der «berufsmässigen Vertretung» kommt es darauf an, ob der Vertreter bereit ist, in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen tätig zu werden. Das Element des persönlichen Näheverhältnisses

steht nicht im Vordergrund. Dies rechtfertigt es, solche Vertreter den Restriktionen für berufsmässige Vertreter zu unterwerfen (BGE 140 III 555 E. 2.3, ausführlich und mit Hinweisen). Diese Grundsätze gelten offensichtlich nicht, wenn eine Behörde oder eine diese vertretende Verwaltungseinheit einen Prozess führt, dessen Ziel zwar ist, das vertretene Gemeinwesen finanziell besser zu stellen, dieses Ziel aber klar zu dessen eigentlichen öffentlich-rechtlichen, gesetzlich definierten Aufgaben gehört, wie es beim Handeln einer Sozialhilfebehörde oder eines Sozialamtes der Fall ist, welche von Gesetzes wegen geschuldete Leistungen ausrichten und trotz ungenügender Grundlage bereits ausgerichtete Leistungen wieder einfordern müssen oder - wie im vorliegenden Fall - für die von ihnen unterstützten Klientinnen und Klienten einzufordern versuchen, um sich selber finanziell entlasten zu können. Beim angestellten Anwalt der Sozialhilfebehörde oder des Sozialamtes respektive der Verwaltungseinheit, der diese vor Gericht vertritt, kann nicht angenommen werden, seiner Vertretung der Behörde oder des Amtes komme der Charakter einer «berufsmässigen Vertretung» im Sinne von Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO zu. Das Vertretungsverhältnis ist nicht zu beanstanden. Der Einwand der Beklagten ist unbegründet. 3.

In der angestammten Tätigkeit als Serviceangestellte bestand ein

nach Darstellung der Klägerin ab Oktober 2014 folgende

Perioden von Arbeitsunfähigkeit : 100 % bis zum 12. Oktober 2014 , 50 %

ab dem 13. Oktober 2014 bis zum 31. Mai 2015 , 100 % ab dem 1. Juni 2015 bis zum 31. Juli 2015 , 50 %

im August 2015 und wiederum 100 %

ab September 2015 bis auf weiteres ( Urk. 1 S. 8 Rz 29).

Demnach ist nach Auffassung der Klägerin auch nach dem 12. Oktober 2014 der Taggeldanspruch erfüllt (Urk. 1 S. 3 ff.).

Die Beklagte beurteilte den Anspruch ab dem 13. Oktober 2014

demgegenüber basierend

auf

einer nicht mehr eingeschränkten

Arbeitsfähigkeit in einer körperlich nicht belastenden angepassten Tätigkeit , was für sie einen weiteren Taggeldanspruch ausschliesst (Urk.

### **E. 3**

0. Juni 2016 erhob die Versicherte gegen die Mobilienklage mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ab dem 13. Oktober 2014 bis zur Erschöpfung des

Leistungsanspruchs Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 27'331.50, mindestens aber Fr. 19'401.37 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5 % seit 13. Oktober 2014. Mehrforderungen seien

vorbehalten. Eventualiter beantragte die Versicherte die Einholung eines Obergutachtens respektive die Durchführung weiterer medizinischer Abklärungen. Ferner ersuchte sie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1). In der Klageantwort vom 12. Oktober 2016 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage (Urk. 12). Am 25. Oktober 2016 gab das Gericht der Klägerin die Gelegenheit zur Replik und bewilligte die unentgeltliche Prozessführung (Urk. 15). Vom Recht auf Replik machte die Klägerin keinen Gebrauch (vgl. Urk. 17) und sie verzichtete in der Folge auch auf eine Stellungnahme zu den beigezogenen Akten der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle (vgl. Urk. 20, Urk. 21/1-73, Urk. 25). Die Beklagte nahm am 21. Februar 2018 Stellung zu den Akten der IV-Stelle (Urk. 28).

Auf die Ausführungen der Parteien und die Akten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 7**

der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten über den Anspruch aus einer Zusatzversicherung sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht; GSVGer).

#### **E. 8**

des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.1 und 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

#### **E. 12**

S. 5 ff., Urk. 14/K68) . 4 . 4 . 1

Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB; Urk. 13/1), auf die in der Versicherungspolice verwiesen wird (Urk. 2/35 S. 1), enthalten mit lit. G Ziff. 4.4 Abs. 2 eine Klausel betreffend Schadenminderung. Die versicherte Person, die nicht mehr in einem Anstellungsverhältnis steht, muss 120 Tage nach Beginn der ärztlich bestätigten Arbeitsunfähigkeit eine ihrem Ausbildungs- und Berufsstand entsprechende Tätigkeit aufnehmen. Unterlässt sie es, sich um eine zumutbare Tätigkeit zu bemühen, lehnt sie eine solche ab oder meldet sie sich nicht bei der Arbeitslosenversicherung zur Arbeitsvermittlung und zum Leistungsbezug an, wird der Grad der Arbeitsunfähigkeit neu beurteilt und die Leistungen der Taggeldversicherung werden entsprechend gekürzt (Urk.

13/1 S. 8) . 4 .2

Gemäss den Angaben der Klägerin anlässlich der Anmeldung zum Leistungsbezug bei der Invalidenversicherung dauerte das Arbeitsverhältnis mit der Y.\_\_\_\_ SA bis Ende November 2013 (Urk. 21/2/4 Ziff. 5.4). Die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ist ab dem 30. Oktober 2013 ärztlich attestiert (Urk. 14/B1 ff.) und dauerte somit am 26. Februar 2014 während 120 Tagen ununterbrochen an. Zu diesem Zeitpunkt stand die Klägerin nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis, weswegen ab dann die Vertragsklausel betreffend Schadenminderung (AVB lit. G Ziff. 4.4 Abs. 2) für die Klägerin beachtlich war. 4 .3

Die Klägerin wendet ein, die im VVG statuierte Schadenminderungspflicht sei nur im Rahmen der Bestimmungen über die Schadenversicherung beachtlich, nicht aber in der Personenversicherung (Urk. 1 S. 9 Rz 33). Obschon bei den Bestimmungen über die Schadenversicherung normiert

(Rettungspflicht; Art. 61 VVG), ist der Grundsatz der Schadenminderungspflicht praxismässig auch im Bereich der Personenversicherung zu beachten (vgl. Hönger / Süsskind in: Honsell /Vogt/Schnyder [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Basel 2001, Art. 61 N 3, und Süsskind in: Honsell /Vogt/Schnyder/ Grolimund [Hrsg.], Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basel 2012, Art. 61 ad N 3). Der Einwand der Klägerin ist unbegründet. 4 .4

Ferner argumentiert die Klägerin, ein Berufs- oder Stellenwechsel könne nur verlangt werden, wenn er auch zumutbar sei. Zu berücksichtigen seien die persönlichen Verhältnisse und die auf dem Arbeitsmarkt effektiv in Frage kommenden Stellen. Ferner habe die Beklagte keine Anpassungsfrist gewährt (Urk. 1 S. 9 f. Rz 34 ff.).

Die Klägerin verfügt über keine berufliche Ausbildung (Urk. 21/2/4 Ziff. 5.3) und bei der angestammten Tätigkeit als Serviceangestellte (vgl. Urk. 21/2/4 Ziff. 5.4) handelte es sich um eine ungelernete. Auch als angepasste Tätigkeit kommt für die Klägerin eine Hilfstätigkeit in Betracht. Zur Ausübung einer solchen Tätigkeit bedarf es keiner weiteren Massnahmen. Ein Stellenwechsel war der Klägerin somit zumutbar. Der Antritt einer Stelle bei der D.\_\_\_\_ AG im November 2014 (vgl. Urk.

21/46) bestätigt diese Annahme. Allerdings handelte es sich um eine Stelle im Reinigungssektor, die nicht optimal angepasst war (vgl. Urk. 21/46/3). Der Antritt einer neuen

Stelle belegt jedoch die Eingliederungsbereitschaft und -fähigkeit der Klägerin. Eine zusätzliche Anpassungsfrist erübrigte sich damit, zumal die Beklagte die Klägerin bereits am 13. August 2014

auf die Erfüllung der Schadenminderungspflicht aufmerksam gemacht hatte (Urk. 14/K31). Dass mit der neuen Tätigkeit die vorhandenen Ressourcen nicht optimaler genutzt wurden, hat die Klägerin

zu vertreten. Bereits bei leichter Fahrlässigkeit ist von einer schuldhaften Verletzung der Schadenminderungspflicht auszugehen (vgl. Süsskind, a.a.O., Art. 62 ad N 25). 5 . 5 .1

Die Sachdarstellung der Beklagten, spätestens ab dem 13. Oktober 2014 habe in einer angepassten Tätigkeit eine volle Arbeitsfähigkeit bestanden,

stützt sich auf

die Beurteilung ihres Vertrauensarztes Dr. med.

E.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates. Die Sachbearbeiterin der Beklagten, F.\_\_\_\_, hielt die Ergebnisse der Rücksprachen mit Dr. E.\_\_\_\_ schriftlich fest (Urk. 14/A1-7).

Zur Besprechung vom 5. März 2014 ist vermerkt, dass Dr. E.\_\_\_\_ die attestierte Arbeitsunfähigkeit als nachvollziehbar beurteilte, jedoch die Notwendigkeit eines Hüftgelenkersatzes in Frage stellte (Urk. 14/A1).

Nach der am 16. April 2014 erfolgten Hüftoperation (vgl. Operationsbericht der Uniklinik B.\_\_\_\_ gleichen Datums; Urk. 14/M10) kam Dr. E.\_\_\_\_ gemäss Besprechungsnotiz am 21. Mai 2014 zum Schluss, die aktuell attestierte Arbeitsunfähigkeit sei nachvollziehbar. Im Übrigen seien die Ergebnisse der am 14. Juli 2014 vorgesehenen Untersuchung in der Uniklinik B.\_\_\_\_

(vgl. Urk. 14/M11) abzuwarten (Urk. 14/A3).

Am 13. August 2014 vertrat Dr. E.\_\_\_\_ die Auffassung, aufgrund des Berichts der Uniklinik B.\_\_\_\_ vom 18. Juli 2014 (vgl. Urk. 14/M14) könne die Klägerin ab August 2014 wieder arbeiten, namentlich in einem anderen Tätigkeitsbereich (Urk. 14/A4).

Gemäss der Besprechungsnotiz vom 5. November 2014 nahm der Vertrauensarzt telefonisch mit dem Hausarzt Dr. A.\_\_\_\_ Kontakt auf und kam mit diesem überein, dass der Heilungsverlauf verzögert sei, weswegen noch bis zum 12. Oktober 2014 von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen sei. Danach werde von einer vollen Arbeitsfähigkeit der Klägerin in einer angepassten Tätigkeit ausgegangen (Urk. 14/A5).

Nach Einsicht in den Bericht des G.\_\_\_\_, Klinik für Nuklearmedizin, vom 9. April 2015 (vgl. Urk. 14/M25), blieb Dr. E.\_\_\_\_ gemäss Besprechungsbericht vom 13. Mai 2015 bei seiner Einschätzung, eine weitere Arbeitsunfähigkeit sei nicht begründet (Urk. 14/A7).

Gemäss der Besprechungsnotiz vom 30. September 2015 sodann hielt Dr. E.\_\_\_\_ fest, die weiterhin geklagten Beschwerden seien objektiv nicht erklärbar. Das Hüftgelenk sei nicht gelockert. Das zeige das Ergebnis der Skelettszintigrafie vom 9. April 2015 (vgl. Urk. 14/M25). Der Bericht der Uniklinik B.\_\_\_\_ vom 17. September 2015 (vgl. Urk. 14/M29) sei nicht aussagekräftig, sondern stütze sich auf die Angaben der Klägerin. Es sei damit weiterhin daran festzuhalten, dass in einer angepassten Tätigkeit eine vollständige Arbeitsfähigkeit bestehe (Urk. 14/M30). 5.2

Die Klägerin bestritt die

Sachdarstellung der Beklagten nicht und ebenso wenig monierte sie den Umstand, dass die vertrauensärztlichen Beurteilungen indirekt, in Form von Berichten der fallführenden Sachbearbeiterin über die mit dem Vertrauensarzt geführten Besprechungen, Eingang gefunden haben. Die Klägerin äusserte sich

weder im Rahmen des förmlichen zweiten Schriftenwechsels dazu (vgl. Urk.

**E. 15**

und Urk.

**E. 17**

) noch nutzte sie das gewährte rechtliche Gehör nach dem

Bezug der Akten der Invalidenversicherung zu einer Stellungnahme (Urk. 20, Urk. 23 und Urk. 25). In der Klageschrift hatte sie lediglich darauf hingewiesen, es bestünden noch funktionelle Einbussen bei langem Stehen oder Gehen sowie beim Bücken, der Heilungsverlauf sei noch nicht abgeschlossen und die behandelnden Ärzte hätten eine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im angestammten Beruf attestiert. Dies habe die Beklagte nicht bestritten (Urk. 1 S. 9 Rz 32 und S. 10 Rz 37).

Tatsächlich gingen die behandelnden Ärzte auch für die Zeit ab dem 13. Oktober 2014 von Restbeschwerden bei einem noch nicht abgeschlossenen Heilungsverlauf und einer beeinträchtigten Arbeitsfähigkeit in der Tätigkeit als Serviceangestellte aus (vgl. u.a. Urk. 14/K19 S. 2, Urk. 14/K21, Urk. 14/K23, Urk. 14/K29, Urk. 14/B23-26). Beide bestritt die Beklagte nicht, indessen sagt beides nichts über die Arbeitsfähigkeit in einer den vorhandenen Ressourcen angepassten beruflichen Tätigkeit aus. Vielmehr stimmt die von den behandelnden Ärzten

attestierten Teilarbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit und das effektiv ausgeübte Teilpensum in der damit vergleichbaren Tätigkeit als Reinigerin bei der D.\_\_\_\_ AG mit der Einschätzung einer vollen Arbeitsfähigkeit in einer körperlich nicht belastenden Tätigkeit überein. Es ist plausibel, dass in einer solchen Tätigkeit von einer höheren Arbeitsfähigkeit auszugehen ist, zumal nicht erst die Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit, sondern bereits eine Arbeitsunfähigkeit von unter 25% den weiteren Anspruch auf Tagelohn ausschliesst (AVB lit. N Ziff. 1 Abs. 1; Urk. 13/1 S. 9). 5.3

Aus den IV-Akten ergeben sich ebenfalls keine gegenteiligen Anhaltspunkte. Die IV-Stelle verneinte in ihrer unangefochten gebliebenen Verfügung vom 18. März 2016 den Anspruch auf Leistungen mit der Feststellung, in einer angepassten Tätigkeit bestehe ab dem 13. Oktober 2014 eine volle Arbeitsfähigkeit (Urk. 13/3). Eigene medizinische Abklärungen tätigte die IV-Stelle keine, sondern sie bezog sich auf ärztliche Unterlagen, die ihr die Beklagte zur Verfügung stellte. Massgebend für die IV-Stelle war ebenfalls die Beurteilung von Dr. E.\_\_\_\_

(vgl. Urk. 21/10/1-6, Urk. 21/19). 5.4

Gemäss Attesten des Hausarztes

Dr. A.\_\_\_\_ bestand zwar ab dem 1. September 2015 erneut eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 2/34/1-3). Diese Atteste

stehen jedoch im Widerspruch zu den Beurteilungen der behandelnden Fachärzte der Uniklinik B.\_\_\_\_ vom 17. September und 27. November 2015, worin diese unter Darlegung ihrer Überlegungen weiterhin eine Teilarbeitsfähigkeit von 50%

in der angestammten Tätigkeit als gegeben erachteten (Urk. 14/M29 und Urk. 14/M31).

5.5

Anzeichen für eine erneute Verschlechterung nach Antritt der neuen Arbeitsstelle bei der D.\_\_\_\_ AG am 1. November 2014 liegen keine vor. Gemäss Arbeitgeberbericht der D.\_\_\_\_ AG vom 19. Mai 2017 zu Händen der

IV-Stelle kam es während des Arbeitsverhältnisses zu keinen Krankmeldungen, und die Kündigung per Ende August 2015 erfolgte nicht aus gesundheitlichen Gründen, sondern wegen unbefriedigender Leistungen („wiederholte Reklamationen der Kunden“;

Urk. 21/46).

Die für den Anspruch relevante maximale Bezugsdauer lief

gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Beklagten

bis zum 26. Oktober 2015 (Urk. 12 S. 17 Rz 44). Hinweise für eine gesundheitliche Verschlechterung ergeben sich dann aus den Akten der IV-Stelle im Zusammenhang mit der Neuanmeldung vom April 2017 (Urk. 21/33/8), jedoch

aufgrund einer anderen gesundheitlichen Problematik (Urk. 21/33/6 f.; vgl. auch Urk. 21/41/1-6, Urk. 21/43, Urk. 21/47), worauf die Beklagte zu Recht hingewiesen hat (vgl. Urk. 28 S. 1 Rz. 2). Die Klägerin hat diese Angaben nicht bestritten. Es ist somit darauf abzustellen und eine Rückfallproblematik auszuschliessen (vgl. lit. N Ziff. 4 Abs. 3 AVB) . 5.6

Aus den dargelegten Gründen ergibt sich, dass die Beklagte zu Recht ab dem 13. Oktober 2014 von einem Taggeldanspruch ausschliessend Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ausgegangen ist und ab dann die Leistungen eingestellt hat. Bei dieser Sachlage braucht die Frage nicht geprüft zu werden, ob der Versicherungsschutz auch durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erloschen ist (vgl. Urk. 12 S. 6 Rz 12). Vielmehr ist die Klage abzuweisen. 6.

6.1

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. Nach der zu alt Art. 47 Abs. 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) ergangenen, weiterhin gültigen Rechtsprechung hat auch der obsiegende Versicherungsträger Anspruch auf eine Prozessentschädigung, falls er durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47; Urteil des Bundesgerichtes 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001, E. 5 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung war betreffend die Beklagte bis zur Beendigung des Mandates von Fürsprecher Schleifer am 28. Dezember 2017 erfüllt (Urk. 18), weshalb sie bis zu diesem Zeitpunkt Anspruch auf eine Parteientschädigung hat. 6.2

Die zu den Prozesskosten gehörende Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen sowie die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO). Der Klägerin ist zwar die von ihrer Vertreterin, der Sozialen Dienste der C.\_\_\_\_,

beantragte unentgeltliche Rechtspflege mit Verfügung vom 25. Oktober 2016 bewilligt worden, allerdings vom Gericht irrtümlich als unentgeltliche «Prozessführung» statt - wie korrekt beantragt - «Rechtspflege» bezeichnet (Urk. 15).

Das Verfahren betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ist gemäss Art. 7 ZPO von Gesetzes wegen kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO). Der unterliegenden Partei werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Deshalb war und ist die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung nicht nötig.

Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung einer klagenden Partei befreit zudem gemäss Art. 118 Abs. 3 ZPO - wie auch die gewährte unentgeltliche Prozessführung - nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei. Dazu ist die Klägerin dementsprechend gemäss dem Ausgang des Verfahrens zu verpflichten.

Zur unentgeltlichen Rechtsvertretung sind

grundsätzlich ausschliesslich im Register eingetragene Anwältinnen und Anwälte zu bestellen ( Art. 68 Abs. 2 ZPO). Denn wenn schon als von den Parteien selber beauftragte Rechtsvertreter grundsätzlich nur im Register eingetragene Anwältinnen und Anwälte in Frage kommen (Erwägung 2 oben), gilt dies umso mehr bei der Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung durch das Gericht im Auftrag des Staates. Somit kommt die Bestellung des während der Dauer der Vertretung der Klägerin bei der C.\_\_\_\_ angestellt gewesenen Rechtsanwalts Streiff nicht in Betracht.

Theoretisch käme in Frage, der Klägerin aus der Gerichtskasse eine angemessene Umtriebsentschädigung

nach Art. 95 Abs. 3 lit . c ZPO unter dem Titel «unentgeltliche Rechtspflege» zuzusprechen; dies jedoch nach der Formulierung der genannten Bestimmung lediglich ausnahmsweise in begründeten Fällen . Die Klägerin lässt indessen nicht darlegen , welche notwendigen bzw. besonderen Auslagen ihr im Zusammenhang mit ihrer eigenen Vertretung im vorliegenden Verfahren entstanden sind und inwiefern ein zusätzlich noch ein « begründeter Fall », das heisst besondere Umstände im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit . c ZPO vorliegen könnten (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.2 mit Hinweisen ; BSK ZPO-Rüegg,

Art. 105 N 2 und Art. 95 N 21). Solche Gründe sind nicht ersichtlich, weil die Klägerin durch die Sozialen Dienste der C.\_\_\_\_ vertreten worden ist und nichts dagegen spricht , dass diese Vertretung unentgeltlich erfolgt ist. Somit wären auch die Voraussetzungen für eine Umtriebsentschädigung nicht erfüllt . Das Gericht erkennt:

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