

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2018.00024 vom 6. September 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-09-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2018.00024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2018.00024)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2018.00024 du 6 septembre 2019

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2018.00024 del 6 settembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1966, war seit dem 1. Juni 2015 als Metallgerüstbauer bei der Y.\_\_\_\_ tätig. Diese hatte mit der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend Zürich) eine Kollektivtaggeldversicherung abgeschlossen (vgl. Police Nr. «...», Urk. 15/1).

Im Juni 2015 meldete sich der Versicherte bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an (vgl. Urk. 14/4).

Am 24. Februar 2016 wurde der Zürich eine seit dem 12. Februar 2016 bestehende vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit des Versicherten gemeldet (Urk. 14/2 Z1 =

Urk. 15/3). Mit Schreiben vom 26. Februar 2016 (Urk. 14/2 Z2 = Urk. 15/4) erklärte die Zürich, dass die vertraglichen Leistungen für den Versicherten nicht erbracht werden könnten, da zum Zeitpunkt des Beginns der Arbeitsunfähigkeit infolge von nicht bezahlten Prämien ein Deckungsunterbruch vorgelegen habe.

Daraufhin

schloss der Versicherte mit der Zürich rückwirkend eine Einzeltaggeldversicherung (Police Nr. «...», Urk. 2/2 = Urk. 14/1) mit Gültigkeit ab dem 21. Oktober 2015 ab. In der Folge richtete die Zürich nach Ablauf der Wartefrist Krankentaggelder aus (vgl. Urk. 2/7; Urk. 14/5/1-15).

Nach erfolgten versicherungsmedizinischen Beurteilungen (Urk. 14/3 ZM19-ZM20) teilte die Zürich dem Versicherten mit Schreiben vom 15. September 2016 (Urk. 2/15 = Urk. 14/2 Z36) mit, dass gemäss medizinischer Beurteilung in einer angepassten Tätigkeit eine vollumfängliche Arbeitsfähigkeit möglich sei, weshalb die Leistungen im Rahmen einer Übergangsfrist noch bis zum 31. Dezember 2016 erbracht würden. Ab dem 1. Januar 2017 würden keine Taggelder mehr ausgerichtet.

Am 4. Oktober 2016 wurde eine Rahmenfrist für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung eröffnet (vgl. Urk. 4/19).

Mit Schreiben vom 28. März 2017 (Urk. 2/20 = Urk. 14/3 ZM31) informierte Dr. med.

Z.\_\_\_\_

die Zürich

über einen verschlechterten Gesundheitszustand des Versicherten und ersuchte um eine erneute Einschätzung, woraufhin die Zürich ein psychiatrisches

Konsilium bei Dr. med.

A.\_\_\_\_ veranlasste (vgl. Urk. 14/2 Z69) . Darüber wurde am 26. Juni 2017 berichtet (Urk. 14/3 ZM36). Mit Schreiben vom 20. Juli 2017 (Urk. 14/2 Z81) sowie 18. September 2017 (Urk. 14/2 Z90) hielt die Zürich an der Einstellung der Taggelder fest.

### **E. 1.1**

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) dem Versicherungsvertragsgesetz

(VVG). Sie sind privatrechtlicher Natur (BGE 138 III 2 E. 1.1). Kollektive Krankentaggeldversicherungen werden vom Bundesgericht wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 142 V 448 E. 4.1).

### **E. 1.2**

Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) zuständig (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO, in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht,

GSVGer; BGE 138 III 2 E. 1.2.2), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 E. 4).

### **E. 1.3**

Gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO werden Ansprüche aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO beurteilt. Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit.

f ZPO stellt das Gericht im Verfahren betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

### **E. 1.4**

Gemäss Art.

### **E. 1.5**

Es obliegt der versicherten Person zu beweisen, dass sie (weiterhin)

arbeitsunfähig ist und daher Anspruch auf Taggeld hat, wenn die Versicherung zunächst Taggeld ausbezahlt hat und sodann geltend macht, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien von vornherein zu Unrecht erbracht worden und die versicherte Person sei (wieder) arbeitsfähig (BGE 141 III 241 E. 3.1). Dem Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (BGE 130 III 321 E. 3.1).

### **E. 1.6**

Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, genießt der beweispflichtige

Anspruchsberechtigte insofern eine Beweiserleichterung, als er in der Regel nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat. Allerdings kann der Versicherte im Rahmen des Gegenbeweises Indizien geltend machen, welche die Glaubwürdigkeit des Ansprechers erschüttern oder erhebliche Zweifel an seinen Schilderungen erwecken. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als überwiegend wahrscheinlich und damit nicht als bewiesen anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.4).

### **E. 1.7**

Nach Art. 168 Abs. 1 ZPO sind als Beweismittel zulässig: Zeugnis ( lit . a), Urkunde ( lit . b), Augenschein ( lit . c), Gutachten ( lit . d), schriftliche Auskunft ( lit . e) sowie Parteibefragung und Beweisaussage ( lit . f). Diese Aufzählung ist abschliessend; im Zivilprozessrecht besteht insofern ein numerus clausus der Beweismittel, vorbehalten bleiben nach Art. 168 Abs. 2 ZPO lediglich die Bestimmungen über Kin derbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (BGE 141 III 433 E. 2.5.1). Art. 168 Abs. 1 lit . d ZPO lässt einzig vom Gericht eingeholte Gutachten als Be weismittel zu. Privatgutachten sind zwar zulässig, aber nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptungen (BGE 141 III 433 E. 2.5.2) .

### **E. 1.8**

Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden indes meist besonders substantiiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestrei tung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substantiieren, welche ein zelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen – In dizien 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).

### **E. 1.9**

Auch Berichte von Fachärzten, welche die Taggeldversicherer beraten, sind als blosser Parteibehauptungen zu qualifizieren (Urteil des Bundesgerichts 4A\_571/ 2016 vom 23. März 2017, E. 3.2 am Ende).

### **E. 1.10**

Das Arztzeugnis wird beweisrechtlich den Zeugnisurkunden, denen im Beweis verfahren mit einer gewissen Zurückhaltung zu begegnen ist, zugeordnet und gilt im Bereich des Zivilprozessrechts gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Privatgutachten (BGE 140 III 24 E. 3.3.3; 140 III 16 E. 2.5). Nach der Lehre beweisen Arztzeugnisse grundsätzlich nur, dass die Erklärung von der ausstellenden Person abgegeben wurde. Aufgr und des Fachwissens der ausstellenden Per son sowie der strafrechtlichen Sanktion (Art. 318 des Schweizerischen Strafge setzbuches, StGB) kann zunächst von der Richtigkeit eines Arztzeugnisses ausge gangen werden. Der Beweiswert kann jedoch durch irgendwelche Beweismittel und Umstände erschüttert werden, wenn beispielsweise der Arzt den Patienten nicht untersucht und ausschliesslich auf dessen Aussagen abgestellt hat oder bei widersprüchlichem Verhalten des Patienten während bescheinigter Arbeitsunfä higkeit. Solchenfalls hat der Beweisführer bei unveränderter Beweislast den vol len Beweis für die

mit dem Arztzeugnis bescheinigten Tatsachen zu erbringen (Heinrich Andreas Müller, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander, Hrsg., 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 177 Rz 9; Annette Dolge in: Basler

Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 177 Rz 13). 2.

## **E. 2**

Dem Kläger sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen und es sei die unterzeichnende Rechtsanwältin als seine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu ernennen.

### **E. 2.1**

Gegenstand der Versicherung Versichert sind die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit und/oder Unfall.

### **E. 2.2**

Versicherbare Leistungsarten b)

für Krankheit und/oder Unfall 5.

Erwerbsunfähigkeit: • Taggeld

### **E. 2.3**

Die massgebenden Zusatzbedingungen für Taggeld bei Erwerbsunfähigkeit (Urk. 2/4 = Urk. 14/1 S. 13) lauten auszugsweise wie folgt: 1.

Begriffsbestimmungen Erwerbsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte infolge medizinisch nachweisbarer Krankheit (einschliesslich Zerfall der geistigen oder körperlichen Kräfte) oder in Folge von Unfall ausserstande ist, seinen Beruf oder eine andere Erwerbstätigkeit auszuüben, die seinen Kenntnissen und Fähigkeiten angemessen ist. 4.

Versicherungsleistungen Nachfolgende Leistung wird als Summenversicherung versichert: a)

Wird der Versicherte erwerbsunfähig und hat die Erwerbsunfähigkeit ununterbrochen während der in der Police festgesetzten Wartefrist bestanden, entrichtet Zürich für die weitere Dauer seiner Erwerbsunfähigkeit das vereinbarte Taggeld. b)

Das Taggeld wird pro Krankheitsfall während der in der Police festgelegten Leistungsdauer ausgerichtet, längstens jedoch bis zum Ablauf des Versicherungsjahres, in dem der Versicherte das 65. Lebensjahr vollendet. 3.

## **E. 3**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»

Nach einer weiteren Eingabe des Klägers vom 27. Juli 2018 (Urk. 7-8) beantragte die Zürich mit Klageantwort vom 6. September 2018 (Urk. 13) die Abweisung der Klage.

Mit Replik vom 28. September 2018 (Urk. 17) schloss sich der Kläger dem Eventualantrag auf Einholung eines Gutachtens an. Die Beklagte beantragte mit Duplik vom 23. Oktober 2018 (Urk. 20) unverändert die vollumfängliche Abweisung der Klage.

Die in der Folge sowohl vom Kläger ( Urk. 25-26; Urk. 32-33 ) als auch von der Beklagten ( Urk. 22-23; Urk. 29-30; Urk. 35 ) eingereichten zusätzlichen Unterlagen wurden der anderen Partei jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt ( Urk. 24; Urk. 27; Urk. 31; Urk. 34; Urk. 36 ). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 3.1**

Der Kläger führte zur Begründung seiner Klage ( Urk. 1 ) aus, er sei in der Zeit vom 1. Februar 2016 bis 2. Februar 2018 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen (S. 4 Ziff. 3). Die Beklagte bestreite die Arbeitsunfähigkeit nicht, weshalb es einzig um die Frage einer Verletzung der Schadenminderungspflicht gehe (S. 12 f. Ziff. 1.2-1.3). Die Beklagte habe keine eigene Anordnung zur Schadensminderung erlassen. Im September 2017 habe sie auf die von der IV-Stelle Luzern am 25. Januar 2017 erlassene Weisung verwiesen, worin eine Drogenabstinenz für die Zeit bis zum 25. Juli 2017 angeordnet worden sei. Zu diesem Zeitpunkt sei jedoch seitens der IV-Stelle Luzern implizit nicht mehr an der Weisung festgehalten worden. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht sei seitens der IV-Stelle Luzern bislang nicht festgestellt worden (S. 14 f. Ziff. 2.1). Ausserdem

werde die Frage der Zumutbarkeit einer Drogenabstinenz gegenwärtig abgeklärt. Solange dies nicht geklärt sei, sei das Abstellen auf die externe Weisung nicht zulässig (S. 15 Ziff. 2.2). Auch habe die Beklagte den Nachweis, in welchem Ausmass der Schaden durch zweckmässige Massnahmen hätte verringert werden können, nicht erbracht

(S. 16 Ziff. 2.3). Schliesslich habe die Beklagte ihre Leistungen eingestellt, ohne das Absehen von einer blossen Kürzung zu begründen (S. 17 Ziff. 2.5).

In der Replik ( Urk. 17 ) schloss sich der Kläger dem Eventualantrag auf Einholung eines Gerichtsgutachtens an, da das Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_ aus näher dargelegten Gründen nicht aussagekräftig sei (S. 1 f.).

### **E. 3.2**

Die Beklagte stellte sich demgegenüber in der Klageantwort ( Urk. 13 ) auf den Standpunkt, sie bestreite das Vorliegen einer Erwerbsunfähigkeit ab dem 1. Januar 2017 (S. 7 Ziff. 21). Das Gutachten von Dr. A.\_\_\_\_ sowie die Stellungnahmen von Dr. Z.\_\_\_\_ würden aus näher dargelegten Gründen nicht überzeugen

(S. 7 f. Ziff. 22- 23). Aufgrund der übrigen

Gutachten, insbesondere des überzeugenden Gutachtens von Dr. B.\_\_\_\_, ergebe sich, dass der Kläger seit spätestens Januar 2017 wieder zu 100 % fähig sei, eine zumutbare Arbeit zu leisten. Eine medizinisch begründete Erwerbsunfähigkeit im Sinne von Ziffer 1 der Zusatzbedingungen könne der Kläger nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweisen (S. 8 Ziff. 26). Hinzu komme, dass die angebliche Arbeitsunfähigkeit im Monat Juli 2017 und ab November 2017 nicht nachgewiesen sei (S. 8 Ziff. 27). Sollte das Gericht eine Erwerbsunfähigkeit des Klägers über den 1. Januar 2017 hinaus als nachgewiesen erachten, sei ein Gerichtsgutachten einzuholen (S. 9 Ziff. 28).

In der Duplik ( Urk. 20 ) wies die Beklagte unter anderem darauf hin, dass das Vorliegen einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit für den Nachweis einer Erwerbsunfähigkeit gemäss abgeschlossener Taggeldversicherung nicht genüge (S. 2).

### **E. 3.3**

Strittig ist, ob ab dem 1. Januar 2017 eine anspruchsbegründende Arbeitsunfähigkeit des Klägers rechtsgenügend nachgewiesen ist. 4. 4.1

Mit diversen ärztlichen Zeugnissen ( Urk. 14/3 ZM1 -ZM3; Urk. 14/3 ZM5 ) attestierte Dr. med. Z.\_\_\_\_, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, Oberärztin C.\_\_\_\_, dem Kläger eine krankheitsbedingte vollständige Arbeitsunfähigkeit für die Zeit vom 12. Februar bis 31. März 2016 sowie vom 18. April bis 1. Mai 2016. 4.2

Dipl. med. D.\_\_\_\_, praktische Ärztin, sowie Dr. med. E.\_\_\_\_, Fachärztin für Allgemeine Innere Medizin, attestierte dem Kläger mit mehreren ärztlichen Zeugnissen ( Urk. 14/3 ZM4; Urk. 14/3 ZM6-ZM7 ; Urk. 14/3 ZM9-ZM10 ; Urk. 14/3 ZM13-ZM15 ; Urk. 14/3 ZM21 ) eine krankheitsbedingte vollständige Arbeitsunfähigkeit für die Zeit vom 1. bis 18. April 2016 sowie vom 1. Mai bis 30. September 2016. 4.3

Dr. med. F.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin und für Rheumatologie, stellte mit Bericht vom 1. Juni 2016 ( Urk. 2/9 = Urk. 14/3 ZM12 = Urk. 14/3 ZM16) folgende Diagnosen (S. 1): - chronische Epicondylitis

humeri

radialis rechts, aktuell deutliche Besserung unter Physiotherapie, radialer Stosswellentherapie ( RSWT ) und Arbeitsunfähigkeit ( AUF ) - schmerzhaftes Myogelosen der Arm- und Schultergürtelmuskulatur rechts (dominante Seite) sowie der Wadenmuskulatur beidseits - anatomisch Aufmerksamkeitsdefizit-Hyperaktivitätssyndrom ( ADHS ), unter Methylphenidat

Die Arbeitsfähigkeit sei aus rheumatologischer Sicht längerfristig nicht einzuschränken (S. 3). 4.4

Mit Bericht vom 24. Juni 2016 ( Urk. 2/11 = Urk. 14/3 ZM8 = Urk. 14/3 ZM32 ) nannte Dr. Z.\_\_\_\_

(vorstehend E. 4.1) als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit eine kombinierte Persönlichkeitsstörung (narzisstische und dissoziale Anteile, ICD-10 F61) sowie ein ADHS (ICD-10 F90.0) als mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit. Als Diagnose ohne Auswirkungen

auf die Arbeitsfähigkeit erwähnte sie einen Abusus von Cannabis (ICD-10 F12.1) und Kokain (ICD-10 F14.1; S. 2). Die aktuelle Arbeitsunfähigkeit beruhe auf den körperlichen Einschränkungen und werde daher nicht beurteilt. Bezüglich der geistigen und psychischen Einschränkungen sei die Situation in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit äusserst unterschiedlich. Aktuell scheine der Kläger durch die körperlich bedingte Arbeitsunfähigkeit psychisch etwas entlastet, so dass die psychisch bedingte Arbeitsfähigkeit kaum eingeschränkt zu sein scheint. Dies könne sich jedoch innerhalb kürzester Zeit, bei zunehmendem Stress, sehr plötzlich ändern (S. 3). 4.5

Am 26. Juli 2016 beantwortete Dr. D.\_\_\_\_

(vorstehend E. 4.2) die Fragen der Beklagten dahingehend, dass sich der Kläger erstmalig am 7. April 2016 im Rahmen einer Hausarztvertretung vorgestellt habe. Er werde wegen der therapiereisistenten Epicondylitis

lateralis rechts behandelt. Aktuell sei er zu 100 % arbeitsunfähig (vgl. Urk. 2/10 = Urk. 14/3 ZM17; vgl. auch Urk. 14/3 ZM11). 4.6

Mit Schreiben vom 30. August 2016 ( Urk. 2/12 = Urk. 14/3 ZM18) bestätigte Dr. Z.\_\_\_\_ (vorstehend E. 4.1) , dass aufgrund des psychischen Leidens vom 12. Februar bis 31. März 2016 sowie vom 18. April bis 1. Mai 2016 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bestanden habe . Die aktuelle Arbeitsunfähigkeit sei aufgrund der somatischen Beschwerden ausgestellt (S. 1). 4.7

Am 7. September 2016 erfolgte eine versicherungsmedizinische Beurteilung durch Dr. med. G.\_\_\_\_ , Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie ( Urk. 14/3 ZM19) . Dieser hielt fest, dass die Diagnosen klar getrennt werden könnten. Die kombinierte Persönlichkeitsstörung bestehe seit der Adoleszenz. Der Beginn der Epicondylitis sei nicht ersichtlich ( Ziff. 1) . Aus psychiatrischer Sicht sei keine anhaltende Arbeitsunfähigkeit gegeben. Eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Zustandsschwankungen sei möglich ( Ziff. 3) . Bezüglich der psychiatrischen Diagnosen sei keine Verbesserung zu erwarten ( Ziff. 4) . In einer adaptierten Tätigkeit (gute, konsequente Führung, wenig Anpassungsleistung in ein Team, keine oder wenig Administrativaufgaben, übersichtliche Arbeitsverhältnisse) sei von psychiatrischer Seite her keine anhaltende Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit zu erwarten ( Ziff. 5) . 4.8

Eine versicherungsmedizinische Beurteilung durch H.\_\_\_\_ erfolgte am 9. September 2016. Dieser hielt fest, dass der Kläger schon seit über einem Jahr an einer Epicondylitis des rechten Ellenbogens leide. Die aktuelle Therapie habe zu einer deutlichen Besserung geführt. In einer angepassten Tätigkeit (keine wiederkehrende/dauernde Belastung des rechten Ellenbogens) sei eine 100%ige Arbeitsfähigkeit möglich. Arbeiten als Monteur oder auf dem Bau, welche den Ellenbogen stark belasten würden, seien nicht möglich. Eine Schadenminderung sei sinnvoll. In angepasster Tätigkeit bestehe eine volle Arbeitsfähigkeit (vgl. Urk. 14/3 ZM20). 4.9

Dr. med. I.\_\_\_\_ , Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, und Dr. med. J.\_\_\_\_ , praktischer Arzt, attestierten dem Kläger mit diversen ärztlichen Zeugnissen ( Urk. 2/6; Urk. 14/3 ZM22-ZM30 ; Urk. 14/3 ZM34-ZM35 ; Urk. 14/3 ZM38 ) eine krankheitsbedingte vollständige Arbeitsunfähigkeit für die Zeit vom 1. Oktober 2016 bis 2. Februar 2018. 4.10

Mit Bericht vom 14. Oktober 2016 ( Urk. 2/16) zuhanden der Invalidenversicherung nannte Dr. Z.\_\_\_\_

(vorstehend E. 4.1) folgende Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit (S. 1 f. Ziff. 1.1): - kombinierte Persönlichkeitsstörung mit narzisstischen und dissozialen Anteilen (ICD-10 F61) - psychische und Verhaltensstörungen durch Kokain: Abhängigkeitssyndrom (ICD-10 F14.2) - einfache Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung (ICD-10 F90.0) - Epicondylitis

humeri

radialis rechts

Als Diagnose ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit erwähnte sie einen Abusus von Cannabis (ICD-10 F12.1; S. 2 Ziff. 1.1). Aus psychischen Gründen sei der Kläger in der bisherigen Tätigkeit zuletzt vom 12. Februar bis 31. März 2016 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen. Die Arbeitsunfähigkeit sei aufgrund der somatischen Beschwerden fortgeführt worden (S. 3 Ziff. 1.6). Die bisherige Tätigkeit sei im Sinne des Ausübens und Praktizierens prinzipiell zumutbar. Mit hochgradiger Einschränkung seien jedoch die üblichen Arbeitsbedingungen zu sehen. So komme es aufgrund der Persönlichkeitsstörung im

Angestelltenverhältnis mit grosser Regelmässigkeit zu gravierenden Konflikten mit den Vorgesetzten. Die Selbständigkeit scheitere jeweils an der Unabgegrenztheit und mangelnden Selbststrukturierung. Vorstellbare wäre, dass ein Teilzeitpensum von 50 bis 60 % zu einer intrapsychischen Entlastung als Voraussetzung für eine funktionierende berufliche Integration führe (S. 5 Ziff. 1.7). 4.11

Am 7. November 2016 wurde das im Auftrag der Invalidenversicherung erstellte neuropsychologische Gutachten durch die Ärzte der K.\_\_\_\_ erstattet ( Urk. 2/ 17). Diese führten aus, es habe sich kein klinischer oder testpsychologischer Anhalt für eine hirnorganisch bedingte kognitive Leistungsminderung gezeigt. Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit sei aus neuropsychologischer Sicht somit nicht gegeben (S. 10 f. Ziff. 4-5). Dies gelte auch retrospektiv (S. 16 unten).

Gleichen Tags wurde durch die Ärzte der K.\_\_\_\_

auch das psychiatrische Gutachten zuhanden der Invalidenversicherung erstattet ( Urk. 2/18).

Sie nannten folgende Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit (S. 17) : - wahrscheinlich dissoziale Persönlichkeitsstörung (ICD-10 F60.2) - adultes ADHS (ICD-10 F90)

Als Diagnose ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit nannten sie eine polytoxikomane Substanzabhängigkeit (ICD-10 F19.2) mit derzeit fortgesetztem Konsum von Kokain und Cannabinoiden (S. 17). Der psychiatrische Befund zeige keine namhaften Auffälligkeiten. Das adulte ADHS sei von den Effekten des fortgesetzten Suchtmittelkonsums nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abzugrenzen. Eine erneute Diagnostik unter stabilen Abstinenzbedingungen sei zu empfehlen, wobei ein höhergradiger Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit nicht wahrscheinlich sei. Eine von den Folgen des Suchtmittelkonsums abgrenzbare psychiatrische Erkrankung mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit sei nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu attestieren. Die dissoziale Persönlichkeitsstörung führe aufgrund des Fehlens einer schwerwiegenden psychopathologischen Beeinträchtigung allenfalls zu einem Ausschluss von Tätigkeiten mit Verantwortung für Dritte. Die dissozialen Verhaltensauffälligkeiten seien nicht prominent und mittels einer zumutbaren Willensanstrengung kontrollierbar/überwindbar (S. 12 f. Ziff. 5). Nach Entgiftung und Entwöhnung sei die bisherige sowie jegliche vergleichbare Tätigkeit wieder zu 100 %

zumutbar. Hierfür sei ein Zeitraum von zwei Monaten ausreichend. Retrospektiv sei im Rahmen des sekundären Suchtmittelkonsums eine höhergradige Arbeitsunfähigkeit wahrscheinlich, jedoch zeitlich nicht näher einzugrenzen. Tätigkeiten mit höherer Verantwortung für Dritte, monotone Arbeiten sowie Regel- und Steuertätigkeiten seien aufgrund des ADHS eher ungeeignet. Dies sei nach erfolgter Entgiftung und Entwöhnung in zirka sechs Monaten nochmals zu prüfen (S. 20 f.). 4.12

Mit Schreiben vom 28. März 2017 ( Urk. 2/20 = Urk. 14/3 ZM31) nannte Dr. Z.\_\_\_\_

(vorstehend E. 4.1) folgende Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit (S. 2): - kombinierte Persönlichkeitsstörung mit dissozialen und narzisstischen Anteilen (ICD-10 F61.0) - rezidivierende depressive Störung, derzeit mittelschwere Episode (ICD-10 F33.1) - Schmerzstörung mit psychischen und somatischen Anteilen (ICD-10 F45.41)

Auf somatischer Ebene sei es zu einer Besserung der geklagten Beschwerden gekommen. Zwischenzeitlich habe sich die gesundheitliche Situation des Klägers wieder deutlich verschlechtert. Im Vordergrund stünden dabei die psychischen Symptome. So sei es unter einer erheblichen Zunahme von verschiedenen psychosozialen Belastungsfaktoren zu einer noch andauernden psychischen Destabilisierung gekommen. Sowohl die Schmerzstörung als vor allem auch die depressive Symptomatik kombiniert mit der massiven Angespanntheit und Gereiztheit würden derzeit eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bedingen (S. 1). 4.13

Am 26. Juni 2017 berichtete Dr. med.

A.\_\_\_\_, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, über die konsiliarische Untersuchung des Klägers (Urk. 2/22 = Urk. 14/3 ZM36). Dabei stellte sie folgende Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit (S. 6 f.): - kombinierte Persönlichkeitsstörung mit dissozialen und narzisstischen Anteilen (ICD-10 F61.0), seit der Adoleszenz - rezidivierende depressive Störung, derzeit mittelschwere Episode (ICD-10 F33.1) - Schmerzstörung mit psychischen und somatischen Anteilen (ICD-10 F45.41) - hyperkinetische Störung des Sozialverhaltens (ICD-10 F90.1), in der Kindheit

Als Diagnose ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit erwähnte sie einen gelegentlichen Gebrauch von Kokain, früher von Cannabis, bei Status nach Abhängigkeit (S. 7). Aus fachpsychiatrischer Sicht sei die durch Dr. Z.\_\_\_\_ vorgenommene Beurteilung plausibel und nachvollziehbar. Angesichts der Arbeitsanamnese des Klägers bestehe kein ausreichendes Integrationspotential in ein Arbeiterteam. In einem geschützten Arbeitsumfeld bestehe eine noch grössere Konfliktgefahr. Daher sei ab Untersuchungsdatum für jegliche Teamarbeit in den angestammten oder durchgeführten Tätigkeiten eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen. Eine erneute Suche nach einer Anstellung auf dem Arbeitsmarkt sei nicht sinnvoll. Eine selbständige Tätigkeit sei angesichts der bisherigen Schwierigkeiten mit der Administration nicht vielversprechend (S. 7 f.). 4.14

Mit Bericht vom 27. Juli 2017 (Urk. 2/24 /1-4) informierte

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

(vorstehend E. 4.1) die Invalidenversicherung über einen verschlechterten Gesundheitszustand des Klägers. Seit dem 14. Oktober 2016 bestehe eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (S. 1 Ziff. 1-2). Es liege neuerdings zusätzlich eine sonstige depressive Störung (ICD-10 F33.8) vor, welche keinen dauerhaften Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit habe (S. 2 Ziff. 3). Die depressiven Phasen würden deutlich weniger als zwei Wochen anhalten (S. 2 Ziff. 3.1). Der Drogenmissbrauch sei Folge des geistigen Gesundheitsschadens (kombinierte Persönlichkeitsstörung). Der Kläger nutze das Kokain, um die Symptome der Grunderkrankung zu bekämpfen. Es liege ein sekundärer Substanzkonsum im Sinne eines Selbstheilungsversuchs vor. Eine vollständige Abstinenz entspreche derzeit einer unzumutbaren Willensanstrengung (S. 3 Ziff. 4). 4.15

Mit Schreiben vom 9. August 2017 (Urk. 14/3 ZM37)

erklärte Dr. Z.\_\_\_\_, dass der Drogenabusus des Klägers eine Folge des geistigen/psychischen Gesundheitsschadens sei und die Arbeitsunfähigkeit auf dem geistigen/psychischen Gesundheitsschaden (Persönlichkeitsstörung, ADHS) beruhe und nicht auf dem Drogenkonsum. Eine vollständige Abstinenz sei eine unzumutbare Willensanstrengung (S. 1). 4.16

Am 1. September 2017 erfolgte eine versicherungsmedizinische Beurteilung durch L.\_\_\_\_. Diese hielt fest, dass es keine Leitlinien zu Suchterkrankungen gebe, in denen Kokain als Beimedikation

zum therapeutischen Effekt empfohlen werde. Es handle sich um eine Selbstmedikation, welche auch mit anderen Ansätzen therapiert werden könne. Es müsse davon ausgegangen werden, dass der Drogenkonsum eher zu einer Verschlechterung des psychischen Zustandes führe. An der Schadenminderungspflicht der Invalidenversicherung sei festzuhalten (vgl. Urk. 14/3 ZM39). 4.17

Dr. med. B.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, erstattete sein psychiatrisches Gutachten zuhanden der Invalidenversicherung am 3. Juli 2018 (Urk.

### **E. 8**

/2-25 S. 3). Ausserdem kommt es weniger auf die Dauer der Untersuchung als vielmehr auf deren Inhalt an (vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C\_275/2016 vom 19. August 2016 E. 4.3.2 und 8C\_260/2016 vom 13. Juli 2016 E. 5.1). Eine hinreichende Erfassung des psychischen Gesundheitszustandes ist während einer solchen Explorationsdauer möglich. 5.7

Schliesslich ist auch auf den

(vorläufigen) Ausgang des invalidenversicherungsrechtlichen Verfahrens hinzuweisen, welches denselben Zeitraum wie das vorliegende Verfahren beschlägt, wenn gleich

der Kläger gegen die gestützt auf das Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_ ergangene leistungsabweisende Verfügung vom 9. Mai 2019 (Urk. 30) Beschwerde erhoben hat (vgl. Urk. 33). 5.8

Auf das

(eventualiter) beantragte Gerichtsgutachten (vgl. Urk.

### **E. 13**

S. 9; Urk.

### **E. 17**

S. 1) kann schliesslich in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_571/2016 vom 23. März 2017 E. 4.1, 4A\_626/2015 vom 24. Mai 2016 E. 2.4 und 4A\_491/2014 vom 30. März 2015 E. 2.5) verzichtet werden. Der Kläger wurde bereits hinreichend von verschiedener Seite psychiatrisch beurteilt und sein Gesundheitszustand sowie die medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit sind aufgrund der medizinischen Akten genügend abgeklärt. Ausserdem sind die Verhältnisse in der massgebenden Zeitspanne zu beurteilen. Angesichts der unterdessen verstrichenen Zeit und des Umstandes, dass seit dem 2. Februar 2018 keine Arbeitsunfähigkeit mehr attestiert wird, könnte eine dermassen verspätete Begutachtung absehbar keine über die vorliegenden hinausgehenden zusätzlichen Erkenntnisse vermitteln (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_445/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.3). 5.9

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass für die Zeit ab dem 1. Januar 2017 eine anspruchsbegründende Arbeitsunfähigkeit nicht mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen ist.

Die Klage ist daher abzuweisen . 6. 6.1

Gemäss Art. 114 lit . e ZPO ist das Verfahren kostenlos. 6.2

Nach Gesetz und Praxis sind in der Regel die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung erfüllt, wenn der Prozess nicht aussichtslos, die Partei bedürftig und die anwaltliche Verbeiständung notwendig oder doch geboten ist (BGE 103 V 46, 100 V 61, 98 V 115).

Da der vorliegende Prozess nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden kann und die Verbeiständung geboten war, ist dem bedürftigen Kläger (vgl. Urk. 4 ) eine unentgeltliche Rechtsvertreterin in der Person von Rechtsanwältin Natalie Zeder zu bestellen, welche mit Fr. 2'400.-- (inklusive Barauslagen und MWSt ) aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.

6.3

Der durch eine externe Anwältin vertretenen Beklagten

ist antragsgemäss (vgl. Urk. 13 S. 2 ) eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2.1). Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einer klagenden Partei befreit gemäss Art. 118 Abs. 3 ZPO nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei. Dazu ist der Kläger dementsprechend gemäss dem Ausgang des Verfahrens zu verpflichten. Diese ist beim praxisgemässen Stundenansatz von Fr. 220.-- (zuzüglich h MWSt ) ermessensweise auf Fr. 2'400.-- (inklusive Barauslagen und MWSt ) festzulegen.

Das Gericht beschliesst :

Antragsgemäss wird Rechtsanwältin M<sup>Law</sup> Nathalie Zeder als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt, und erkennt:

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