

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2018.00041

vom 3. März 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-03-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2018.00041

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2018.00041 du 3 mars 2020

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2018.00041 del 3 marzo 2020

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1961, war seit 1. Mai 2016 bei der Y.____ als EDV-Mitarbeiterin angestellt und dadurch bei der SWICA Krankenversicherung AG (im Folgenden: SWICA) nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) krankentaggeldversichert, als die Arbeitgeberin am 16. November 2017 eine 100%ige krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit seit dem 23. Oktober 2017 meldete (Urk. 6/3). Die SWICA leistete Taggelder vom 23. Oktober bis 31. Dezember 2017 abzüglich (30 Tage Wartezeit) von Fr. 20'516.-- (40 Tage à Fr. 512.90; Urk. 2/49).

Am 29. Januar 2018 erstattete Dr. med. dipl. psych.

Z.____, Facharzt für Gynäkologie und Geburtshilfe, die von der SWICA in Auftrag gegebene (vgl. Urk. 6/43) medizinische Beurteilung (Urk. 6/49), worauf die SWICA die Versicherte am 26.

Februar 2018 infolge betrügerischer Anspruchsbegründung nach Art.

40 VVG aus der Krankentaggeldversicherung rückwirkend per Krankheitsbeginn vom 23. Oktober 2017 ausschloss (Urk. 6/51). Mit Rechnung vom 16. Dezember 2017 forderte die SWICA die bereits geleisteten Taggelder im Betrag von Fr. 20'516. von der Versicherten zurück (Urk. 2/49).

Am 26.

April 2018 stellte die Versicherte das Gesuch, es sei im Sinne einer vorsorglichen Beweisführung ein gerichtliches Gutachten zu ihrer Arbeitsfähigkeit in Auftrag zu geben (Urk. 6/60). Das Gesuch wurde mit Beschluss vom 16. Juli 2018 im Verfahren Nr. KK.2018.00020 abgewiesen (Urk. 6/61).

E. 1.1

Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die Krankenversicherung (KVAG) dem VVG. Dazu gehören auch Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach dem VVG (BGE 138 III 2, 558 E. 2). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer).

Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Sozialversicherungsgericht, mithin ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und E. 4.6).

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist unstrittig gegeben.

E. 1.2

Das Gericht stellt den Sachverhalt unabhängig vom Streitwert von Amtes wegen fest (Untersuchungsmaxime; Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente zu berücksichtigen hat, die sich im Verlaufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien diese nicht angeführt haben, gilt nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Er entbindet die Parteien nicht davon, Beweise beizubringen und bei der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 III 231 E. 4a; Mazan in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, N 9 und N 13 zu Art. 247). Ebenso schliesst er die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1) und verleiht den Parteien keinen Anspruch, dass alle möglichen Beweise abgenommen werden, und auch keinen Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel (BGE 125 III 231; Urteil des Bundesgerichts 5C.34/2006 vom 27. Juni 2006 E. 2a). Ausserdem gilt die Dispositionsmaxime. Danach darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenseite anerkannt hat (Art. 58 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 6).

E. 1.3

Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 130 III 321 E. 3.1).

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991 Nr. 230, E. 3b). Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.5). 1.

E. 2

Am 15. November 2018 erhob die Versicherte gegen die SWICA Klage mit dem Antrag, diese sei zu verpflichten, ihr Fr. 89'244.60 zu bezahlen nebst Zins zu 5 % auf Fr. 76'935. ab 15. März 2018 sowie Zins zu 5 % auf Fr. 12'309.60 ab 31. Juli 2018 (Urk. 1 S. 2 oben). Mit Klageantwort vom 12. Dezember 2018 stellte die SWICA das Begehren, die Klage sei abzuweisen und die Klägerin sei zu verpflichten, die während des nicht bewilligten Auslandsaufenthaltes ausbezahlten Krankentaggelder im Betrag von Fr. 23'351. zurückzuzahlen, nebst Zins zu 5 % ab 26. Februar 2018 (Urk. 5 S. 2 oben).

Am 14. März 2019 fand eine Instruktionsverhandlung mit Parteibefragung statt (Protokoll S. 2 ff.).

Mit Verfügung vom 28. März 2019 wurde die Klägerin und Widerbeklagte (im Folgenden: Klägerin) aufgefordert, dem Gericht anzugeben, bei welchem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) sie angemeldet war und bei welcher Arbeitslosenkasse sie Arbeitslosenentschädigung beantragt hatte (Urk. 11), welche Fragen sie am 6. Mai 2019 beantwortete (Urk. 13). Mit Verfügung vom 28. Mai 2019 wurde sie überdies aufgefordert, zu erklären und zu belegen, wann sie sich während der behaupteten Arbeitsunfähigkeit in der Schweiz und wann in Deutschland aufgehalten hat te (Urk. 14). Am 2. Oktober 2019 reichte sie ihre Stellungnahme ein (Urk. 18). Die Beklagte und Widerklägerin (im Folgenden: Beklagte) bezog hierzu am 21. Oktober 2019 Stellung (Urk. 22). Die Stellungnahme wurde der Klägerin am 30. Oktober 2019 zur Kenntnis gebracht (Urk. 23).

Am 27. Februar 2020 reichte die Beklagte weitere Unterlagen nach (Urk. 24). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Grundlage für den geltend gemachten Taggeldanspruch ist primär der Kollektivversicherungsvertrag zwischen der Y.____ als frühere Arbeitgeberin der Klägerin und der Beklagten. Unstreitig ist die massgebende Versicherungs police vom 28. November 2016 (Urk. 6/2). Demzufolge sind die darin genannten Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe 2012 (Urk. 6/1), anwendbar (Urk. 6/2 S. 9 oben). Ausserdem sind die Bestimmungen des VVG massgebend (vgl. Art. 1 lit. c AVB).

E. 2.2

Gemäss Police vom 26. November 2013 (Urk. 6/2) ist bei einer Krankheit 90 % des Gehalts versichert, wobei die Leistungen höchstens 730 Tage mit Anrechnung der Wartefrist von 30 Tagen dauern (Ziff. 1 S. 2 Mitte).

E. 2.3

Gemäss Art. 7 AVB gilt als Krankheit jede unbeabsichtigte Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist, die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Art. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG; Abs. 1). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten (Art. 6 ATSG). Nach drei Monaten Arbeitsunfähigkeit wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Abs. 2).

E. 2.4

Ist die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig, wird bei voller Arbeitsunfähigkeit das im Vertrag aufgeführte Taggeld bis zur Höhe des nachgewiesenen Erwerbsausfalls ausgerichtet (Art. 13 Abs. 1 AVB). Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % wird das Taggeld entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet (Art. 13 Abs. 2 AVB). Begibt sich eine arbeitsunfähige versicherte Person ohne die Zustimmung des Versicherers ins Ausland, besteht während der Zeit des Auslandsaufenthalts kein Anspruch auf Leistungen (Art. 13 Abs. 6 AVB).

E. 2.5

Gemäss Art. 22 AVB zieht die versicherte Person bei einer Krankheit einen zugelassenen Arzt bei und sorgt für fachgemässe Behandlung. Die versicherte Person folgt den Anordnungen des Arztes und des Pflegepersonals. Jede versicherte Person ist verpflichtet, sich einer Untersuchung oder Begutachtung durch Ärzte, die der Versicherer beauftragt hat, zu unterziehen (Abs. 1). Der Versicherer ist berechtigt, Patientenbesuche durchzuführen sowie zusätzliche Informationen einzuholen. Darunter fallen beispielsweise Belege und Auskünfte, ärztliche Zeugnisse, Berichte, Lohnabrechnungen oder amtliche Akten (Abs. 2). Entzieht oder widersetzt sich eine versicherte Person einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, oder trägt sie nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu bei, so können ihr die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden (Art. 23 Abs. 1 AVB).

E. 2.6

Hat die anspruchsberechtigte Person oder ihr Vertreter Tatsachen, die die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder hat sie die ihr nach Massgabe von Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gegenüber der anspruchsberechtigten Person an den Vertrag nicht gebunden (Art. 40 VVG). 3. 3.1

Die Klägerin begründet ihren Taggeldanspruch zusammengefasst damit (Urk. 1), aufgrund von medizinischen Befunden mit Krankheitswert habe bei ihr zunächst eine volle Arbeitsunfähigkeit und später eine teilweise Arbeitsunfähigkeit von 50 % vorgelegen. Diese habe anfänglich auf Rückenbeschwerden gegründet, in der Folge auf einer mindestens mittelschweren bis schweren depressiven Episode. Die Beklagte habe das Taggeld für die Arbeitsunfähigkeit in der versicherten bisherigen Tätigkeit zu erbringen (S. 10 Ziff. 17). Der von der Beklagten beauftragte Gutachter sei nicht lege artis vorgegangen und habe - näher begründete - faktenwidrige Feststellungen getroffen, um zu seiner Einschätzung zu gelangen (S. 11 ff. Ziff. 19), und das Gutachten entspreche auch sonst nicht den - näher ausgeführten - einschlägigen Qualitätsrichtlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten (S. 14 f. Ziff. 20). Da gegen beruhe die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch die behandelnde Psychiaterin auf vollständig erhobenem Sachverhalt, gründe auf den über längere Zeit gemachten Wahrnehmungen im Rahmen der fachärztlichen Behandlung und werde nachvollziehbar begründet (S. 18 Ziff. 23). 3.2

Die Beklagte verneinte ihre Leistungspflicht im Wesentlichen damit (Urk. 5), die aus somatischen Gründen behauptete Arbeitsunfähigkeit habe nicht überprüft werden können. Aufgrund des Auslandsaufenthaltes der Klägerin habe eine Begutachtung erst Ende Januar 2018 durchgeführt werden können, wobei der Gutachter zum Schluss gekommen sei, dass

keine psychiatrische Diagnose mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit bestehe (S. 4 Ziff. 3). Die Stellungnahme der behandelnden Psychiaterin erweise sich als nicht vollständig und wenig nachvollziehbar (S. 5 oben). Mit dem Gutachten seien die Arbeitsunfähigkeitsbeurteilungen der behandelnden Ärzte widerlegt worden. Dagegen fehle es an einer substantiierten Bestreitung der gutachterlichen Feststellungen von Seiten der behandelnden Psychiaterin (S. 5 Ziff. 6). Selbst wenn sich eine Arbeitsunfähigkeit erweisen sollte, entfalle eine Taggeldleistungspflicht, da sich die Klägerin mehrheitlich ohne ihre Kenntnis und Bewilligung an ihrem Zweitwohnsitz im Ausland aufgehalten habe (S. 7 Ziff. 10).

E. 4

.6

Am 29. Januar 2018 erstattet Dr. Z. ____

die von der Beklagten in Auftrag gegebene medizinische Beurteilung (Urk. 6/49) und stellte fest, dass bei der Klägerin keine psychiatrische Diagnose mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit vorliege (S. 5). Ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit nannte er folgende psychiatrischen Diagnosen (S. 5): - Anpassungsstörung mit depressiver Reaktion (F43.2) - Probleme am Arbeitsplatz (Vorgesetzten und Mitarbeitern; Z56.4) - Arbeitslosigkeit nach Kündigung (Z56.0) - Verdacht auf Aggravation (F68.0)

Überdies stellte er folgende somatische Diagnosen (S. 5): - Adipositas per magna - Wirbelsäulenbeschwerden multipel - Myopie

Die Klägerin leide mit überwiegender Wahrscheinlichkeit an einer arbeitsplatz- und schmerzbedingten depressiven Anpassungsstörung, unter Mobbing und einer Kündigung, die eine Arbeitsunfähigkeit nicht rechtfertigen könne. Verschärft werde die Situation durch die Doppelbelastung Beruf/Familie, familiäre Auseinandersetzungen um das gräfliche Erbe des Ehemannes sowie finanzielle Belastungen (S. 5).

Es bestünden viele - näher erläuterte - Widersprüche und Inkonsistenzen, welche die Glaubwürdigkeit der Klägerin in Frage stellten (S. 6 Mitte). Die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse der beteiligten Ärzte seien aus näher dargelegten Gründen nicht nachvollziehbar (S. 6 unten f.). Eine namhafte depressive Störung mit Krankheitswert liege nicht vor, indessen eine nachvollziehbare Belastungsreaktion mit der Folge einer Anpassungsstörung. Es liege eine arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit vor (Ziff. 3 S. 7 Mitte). Es sei eine Besserung eingetreten, obwohl die Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die verordneten Medikamente nicht oder nicht wie verordnet nehme (Ziff. 4 S. 7). Es überwiegen krankheitsfremde Faktoren wie Mobbing, «Burnout», Probleme am Arbeitsplatz, Doppelbelastung Familie/Beruf, familiäre Problemfelder, die eine Arbeitsunfähigkeit nicht rechtfertigten (Ziff. 5 S. 7).

Aus rein psychiatrischer Sicht liege und habe - mit überwiegender Wahrscheinlichkeit - nie eine Arbeitsunfähigkeit aus genuin medizinischen Gründen vorgelegen, da krankheitsfremde Faktoren überwiegen. Spätestens seit dem 22. Januar 2018 bestehe bei einem anderen Arbeitgeber sowohl für eine angestammte Tätigkeit als auch für jede andere angepasste zumutbare Tätigkeit eine 100%ige Arbeitsfähigkeit (Ziff. 7 S. 7).

E. 5

.4

Aufgrund der medizinischen Akten kann davon ausgegangen werden, dass die Klägerin im Ausland erkrankte und dort am 23. Oktober 2017 einen Arzt aufsuchte, der eine Arbeitsunfähigkeit attestierte (vgl. oben E. 2.1). Gut 2 Wochen nach dem ersten Arztbesuch suchte sie in der Schweiz ihren Hausarzt auf, der ihr weiterhin eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestierte, und unterzog sich der von ihm empfohlenen psychiatrischen Behandlung, welche schliesslich zur Genesung führte. Die Notfallärzte in Deutschland sowie der behandelnde Hausarzt und die Psychiaterin stellten ihr zuhanden der Beklagten die notwendigen Arbeitsunfähigkeitszeugnisse aus.

E. 5.5

) mithin auf Fr. 89'244.60 ([1 55 x Fr. 512.90] + [3 8 x Fr. 256.45]).

E. 5.6

Neben dem mangelhaften Gutachten von Dr. Z.____, welches nach dem Dargelegten (vgl. E. 4.3) nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden kann, liegt - abgesehen von den echtzeitlichen Arbeitsunfähigkeitsattesten - als einziger medizinischer Bericht die Stellungnahme von Dr. G.____ (E. 4.5.2) vor. Zu welchen weiteren Erkenntnissen ein Gerichtsgutachten basierend auf der Stellungnahme von Dr. G.____ und den Arbeitsunfähigkeitsattesten gelangen soll, ist nicht ersichtlich, weshalb auf die Einholung eines Gerichtsgutachtens zu verzichten ist. Die Beklagte hat sich daher die Arbeitsunfähigkeitsatteste der behandelnden Ärzte entgegenhalten zu lassen.

E. 5.7

Zusammenfassend ist damit davon auszugehen, dass die Klägerin vom 23. Oktober 2017 bis 5. Juli 2018 zu 100 % und vom 6. Juli bis 13. August 2018 zu 50 % arbeitsunfähig war.

E. 6

.3

Dagegen brachte die Klägerin in der Stellungnahme vom 2. Oktober 2019 (Urk. 18) vor, es hätten abgesehen von den Aufenthalten an ihrem Zweitwohnsitz in Deutschland

mit Ausnahme von Arztbesuchen in München und den Reisen zwischen den Wohnorten keine Auslandsaufenthalte stattgefunden. Ab 9. Januar 2018 sei sie während der gesamten Dauer der Arbeitsunfähigkeit bei med. pract.

G.____

in Behandlung gestanden und habe sich in dieser Zeit in Zürich aufgehalten. Etwa alle zwei Wochen sei sie über das Wochenende nach Deutschland gereist und nach dem Wochenende wieder nach Zürich zurückgekehrt (S. 2 Ziff. 1). Darin, dass sie sich ohne Zustimmung der Beklagten in s

Ausland begeben habe, eine Obliegenheitsverletzung im Sinne von Art. 45 VVG zu erblicken, wobei der vereinbarte Rechtsnachteil nicht eintrete, wenn die Verletzung den Umständen nach als eine unverschuldete anzusehen sei. Der Zweck des Zustimmungserfordernisses für Auslandsaufenthalte liege darin, dass die versicherte Person die Erholung von der Krankheit nicht gefährde oder sich die Krankheit noch verschlimmere. Sie aber habe sich gerade zum Zweck der Genesung nach Deutschland begeben, da der Aufenthalt in ihrer Wohnung in Zürich wegen grosser näher begründeter Lärmbelastung ihrer Gesundheit abträglich gewesen sei (S. 3 f. Ziff. 5). Die Beklagte hätte

unter diesen Umständen die Bewilligung des Auslandsaufenthalts erteilen müssen. Indem sie sich darauf berufe, mangels Zustimmung zum Auslandsaufenthalt sei die Leistungsverweigerung zulässig, liege ein Missbrauch ihres Rechts vor, da die Verweigerung der Zustimmung ohne jeden sachlichen Grund erfolge (S. 7 f. Ziff. 10). Hänge der Taggeldanspruch davon ab, an welchem Wohnort sich die Klägerin aufhalte, greife dies in den Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens und der Wohnung ein (S. 8 Ziff. 8). Schliesslich bestehe in den gültigen AVB das Erfordernis der vorgängigen Zustimmung nicht, womit eine nachträgliche Zustimmung ausreichend sei und die Zustimmung auch implizit erteilt werden könne. Die Beklagte habe Taggelder geleistet, obwohl sie Kenntnis davon gehabt habe, dass sie sich im Ausland befunden habe. Dies sei als Zustimmung zu werten (S. 10 Ziff. 14-15).

E. 7

.3

Die Klägerin behauptet, sie habe ihre Obliegenheit, während ihrer Arbeitsunfähigkeit in der Schweiz zu bleiben, schuldlos verletzt, weil sie in der Schweiz Lärm ausgesetzt war, welcher ihre Genesung gefährdete. Es mag wohl zutreffen, dass die Bauarbeiten

in der Nähe ihres Wohnorts

während ihrer Arbeitsunfähigkeit einen hohen Lärm verursachten und die Klägerin aufgrund ihrer Erkrankung empfindlich auf die Lärmimmissionen reagierte. Aus der Information über das Bauvorhaben vom 7. April 2016 (Urk. 19/9) geht allerdings hervor, dass die Bauarbeiten während den Werktagen zu den gewohnten Arbeitszeiten stattfanden und die lärmintensivsten Arbeiten nur bis Ende August 2016 dauerten. Im November 2017 wurde der Rohbau fertig erstellt und ab Dezember 2017 erfolgte der Innenausbau, womit sich der Baulärm spätestens ab Dezember 2017 in Grenzen hielt. Gemäss Auskunft der Stadt Zürich vom 8. Juli 2019 (Urk. 19/20) wurde lediglich

die Zufahrt zur und Wegfahrt von der Baustelle, nicht aber der Durchgangsverkehr, über das Wohnquartier der Klägerin geleitet. Auch am Bahnhof H.____ waren gemäss Mitteilung der I.____ vom 10. Juli 2018 (Urk. 19/21) die Arbeiten für die Durchmesserlinie bereits abgeschlossen. Einzig während einer Woche im April 2018 seien die Holzschwellen durch Betonschwellen ersetzt worden, was während zwei Nächten auch nachts lärmintensive Arbeiten notwendig gemacht habe. Es kann damit davon ausgegangen werden, dass der Baulärm während der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin von Oktober 2017 bis Mai nicht mehr derart störend war, dass er einer Genesung im Weg gestanden hätte.

Dementsprechend geht auch aus dem Bericht der behandelnden Psychiaterin

(E. 4.5.2) nicht hervor, dass der Verbleib am Wohnort in Zürich aufgrund des Lärms unzumutbar gewesen wäre. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin unverschuldet gezwungen gewesen wäre, ihren Aufenthalt nach Deutschland zu verlegen.

E. 8

.3

Laut ihren eigenen Aussagen hielt sich die Klägerin während Jahren zur Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit während der Woche in der Schweiz, wo sie auch gemeldet ist, auf und reiste in der Freizeit zu ihrer Familie nach Deutschland (Protokoll S. 4). Anlässlich

eines Wochenendaufenthaltes bei ihrer Familie zeigten sich die ersten Krankheitssymptome in Form von starken Rückenbeschwerden , (Protokoll S. 4) . Sobald es ihr Gesundheitszustand zulies, liess sie sich ab 8. November 2017 von Dr. C.____ in der Schweiz behandeln, der sie an eine Psychiaterin wiederum in der Schweiz zur Behandlung überwies (Protokoll S. 6) . Fortan war die Klägerin in regelmässiger Behandlung in der Schweiz, unterzog sich der durch die Beklagte angeordnete Begutachtung, meldete sich bei der Arbeitslosenversicherung an und stellte sich der Arbeitsvermittlung zur Verfügung , nachdem sie nicht mehr vollständig arbeitsunfähig gewesen war (vgl. Urk. 13) . Ab 15. August 2018 wurde ihr in der angestammten Tätigkeit wieder eine vollständige Arbeitsfähigkeit beschieden (vgl. E. 4.5.3) .

Es trifft somit nicht zu, wie die Beklagte behauptete (Urk. 5 S. 6 Ziff. 8), dass sich die Klägerin im Anschluss an die Abmeldung bei der Arbeitgeberin ins Ausland begab, sondern die Krankheit trat im Ausland auf , und es wurde eine Behandlung im Ausland erforderlich, welche durch die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse von Dr. A.____ (E. 4.1) belegt ist. Auch ist entgegen der Behauptung der Beklagten nicht zutreffend , dass die Klägerin zeitnahe Untersuchungen der somatischen Beschwerden verhindert e (Urk. 5 S. 6 Ziff. 8), denn d ie erste von der Beklagten angeordnete Begutachtung, welche einen Tag nach der ersten Konsultation bei med. pract .

G.____ hätte stattfinden sollen, wurde nicht seitens der Klägerin, sondern seitens der Beklagten aus nicht dargelegten

Gründen abgesagt (vgl. Urk. 6/20) . Dass die Klägerin den zweiten Begutachtungstermin nicht wahrnehmen konnte, lag nicht -

wie von der Beklagten behauptet (Urk. 5 S. 4 Ziff. 2) - daran, dass sie im Ausland weilte, sondern daran, dass sie dazu gesundheitlich nicht in der Lage war, was ärztlicherseits - wenn auch durch einen Arzt in Deutschland - bestätigt wurde (vgl. E. 4.4) . Die Klägerin hätte offenkundig den Begutachtungstermin vom 19. Dezember 2017 auch nicht wahrnehmen können, wenn sie sich in der Schweiz aufgehalten hätte. Dass die Beklagte in der Folge die somatischen Beschwerden nicht abklären liess, sondern lediglich eine psychiatrische Stellungnahme einholte, war ihre eigene Entscheidung, nachdem die Klägerin mitgeteilt hatte, dass sie sich in psychiatrische Behandlung begeben (vgl. Urk. 6/32 S. 2).

Insoweit die Beklagte geltend machte, die Klägerin sei unmittelbar nach der Krankmeldung weder für den Arbeitgeber noch für sie erreichbar gewesen (Urk. 5 S. 4 Ziff. 2), ist eine Kontaktaufnahme durch die Arbeitgeberin nicht belegt. Seitens der Beklagten wurde versucht, die Klägerin telefonisch zu erreichen (vgl. Urk. 6/8 S. 1), wobei aus der Aktennotiz nicht ersichtlich ist, wie oft Versuche unternommen wurde n . Auch das Schreiben an die Klägerin, wonach sie Kontakt mit der Beklagten aufnehmen solle (vgl. Urk. 6/8 S. 1) , ist nicht aktenkundig, weshalb bezweifelt werden muss, dass ernsthafte Versuche, die Klägerin zu erreichen, stattgefunden haben.

Insgesamt kann d er Klägerin weder vorgeworfen werden, sie habe ihre Schadenminderungspflicht nicht wahrgenommen , noch sie habe sich der Kontrollen seitens der Beklagten entzogen .

Die Beklagte hätte ihr somit die Erlaubnis für den Auslandsaufenthalt erteilen müssen.

E. 8.4

Bestand demnach kein Grund, die Erlaubnis für einen Auslandsaufenthalt zu verweigern, kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, während der Zeit des Auslandsaufenthalts bestehe kein Anspruch auf Taggelderleistungen.

Nachdem die Beklagte bereits am 19. Dezember 2017 die Einstellung der Leistungen per 31. Dezember 2017 in Aussicht gestellt (Urk. 6/25) und die Klägerin am 26. Februar 2018 mit sofortiger Wirkung aus dem kollektiven Krankentag - geldvertrag ausgeschlossen hatte (Urk. 6/51), bestand für die Klägerin auch keine Veranlassung mehr, sich ihre Auslandsaufenthalte bewilligen zu lassen. Im Übrigen geht - entgegen der Behauptung der Beklagten im Schreiben vom 28. Dezember 2017, wonach eine Reise ins Ausland unter Vorlage eines ärztlichen Attests, worin die Reise- beziehungsweise Ferienfähigkeit bestätigt werde, vorher bewilligt werden müsse - aus den AVB nicht hervor (vgl. E. 2. 4 und 8.1).

E. 9

.3

Zusammenfassend ist die Klage in dem Sinne gutzuheissen, dass die Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin den Betrag von Fr. 89'244.60 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 20. Mai 2018 zu bezahlen. Damit ist die Widerklage abzuweisen.

E. 10

.

Der anwaltlich vertretenen Klägerin steht eine Prozessentschädigung zu, die gemäss § 34 Abs.

3 GSVGer nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen ist. Unter Berücksichtigung des gerichtlichen Ansatzes von Fr. 220. zuzüglich Mehrwertsteuer (MWSt) ist ihr eine Prozessentschädigung von Fr. 3'700. (inklusive Barauslagen und MWSt) zuzusprechen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird in dem Sinne gutgeheissen, dass die Beklagte verpflichtet wird, der Klägerin Fr. 89'244.60 nebst Zins zu 5 % seit 20. Mai 2018 zu bezahlen. 2.

Die Widerklage wird abgewiesen. 3.

Das Verfahren ist kostenlos. 4.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 3'700.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 5.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Viktor Györfy unter Beilage von Urk. 24 und Urk. 25/1-6) - SWICA Krankenversicherung AG - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA 6.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Mosimann Tiefenbacher

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