

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2019.00001

vom 6. Januar 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-01-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2019.00001

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2019.00001 du 6 janvier 2021

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2019.00001 del 6 gennaio 2021

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1963, war vom 1. August 1979 bis 31. Januar 2018 bei der Y.____ als Apparatemonteur tätig (Urk. 2/3). Im Rahmen dieser Erwerbstätigkeit war er bei der AXA

Versicherungen AG (nachfolgend AXA) im Rahmen eines seitens der Arbeitgeberin geschlossenen

kollektiven Krankentaggeldversicherungsvertrags nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit versichert (Urk. 10/33). Am 7. Juli 2017 meldete die Arbeitgeberin der AXA eine Arbeitsunfähigkeit des Versicherten seit 3. April 2017 (vgl. Urk. 10/4 Ziff.

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 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (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 Gerichtsstanz 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

Nach Art. 87 VVG steht demjenigen, zu dessen Gunsten eine kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu (Urteil des Bundesgerichts 4A_10/2016 vom 8. September 2016 - in BGE 142 III 671 nicht publizierte - E. 4.1)

E. 1.4

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.

Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Das Gericht ist im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO lediglich einer erhöhten Fragepflicht unterworfen. Wie unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien selbst den Prozessstoff beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zur Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (BGE 141 III 569 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1). 1. 5

Gemäss Art.

E. 1.005

) auszugehen. Aufgrund des eingeschränkten Tätigkeitsprofils (E. 3.12) ist ein Abzug von 10 % von diesem Tabellenlohn vorzunehmen, dies aufgrund folgender Überlegungen: Die sehr lange Betriebszugehörigkeit bei der Y.____ wird durch die Nebentätigkeiten bei der O.____ und im P.____, welche im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung dokumentiert sind (Urk. 28/225), entschärft: Von einer gewissen Flexibilität darf ausgegangen werden. Auch allenfalls mangelhafte Deutschkenntnisse müssen nicht lohnsenkend berücksichtigt werden, da bei Hilfsarbeiten kein hohes Sprachniveau erforderlich ist und dem Kläger die Ausübung von Hilfsarbeiten bisher möglich war. Es ist auch zu bedenken, dass die Faktoren fehlende Berufsausbildung, fortgeschrittenes Alter und schlechte Sprachkenntnisse die Lohnaussichten auf dem Arbeitsmarkt auch dann drücken würden, wenn die volle Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit nach Stellenverlust wiedererlangt worden wäre. Bei voller Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit wäre ein Anspruch auf Krankentaggelder jedoch auch dann ausgeschlossen, wenn die Aussichten auf eine Arbeitsstelle auf Niveau des versicherten Lohnes nicht intakt wären, sei es aufgrund persönlicher Umstände oder der Arbeitsmarktsituation. Gemäss lit. B 8 Ziff. 2 AVB bezahlt die Beklagte die Taggelder entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit und nicht im Verhältnis zur Lohneinbusse.

Die Lohneinbusse spielt erst bei einem aufgrund von lit. A 4 Ziff. 2 AVB gebotenen Berufswechsel eine Rolle, wobei in diesem Rahmen nur Lohneinbussen berücksichtigt werden können, die tatsächlich mit dem Berufswechsel in Zusammenhang stehen. Bei einem Abzug von 10 %

zur Berücksichtigung des eingeschränkten Tätigkeitsprofils ergibt sich ein erzielbares Einkommen von Fr. 60'665.--. Daraus errechnet sich eine Einbusse von 23 %.

Die SVA Zürich, IV-Stelle, ging in ihrer Verfügung vom 15. Oktober 2018 (Urk. 2/6) von einem Invaliditätsgrad von 24 % aus. Beide Werte liegen somit unter 25 % und somit unter

der reglementarischen Leistungsschwelle (lit . B 8 Ziff. 2 AVB).

Ab 1. Dezember 2019 sind entsprechend keine Krankentaggelder mehr geschuldet . 6.

Demnach steht fest, dass für die Zeit vom

1. Oktober bis 30. November 2018

aus der Police Nr. „...“ seitens der Beklagten gegenüber dem Kläger Taggelder basierend auf einer Arbeitsunfähigkeit von 60 % , insgesamt von

Fr. 6'334.85 , geschuldet sind. Ab 1. November 2018 sind seitens der Beklagten gegenüber dem Kläger aufgrund dessen Schadenminderungspflicht keine Taggelder mehr geschuldet. 7.

Was die geltend gemachten Verzugszinsen anbelangt, so findet sich die Rechtsgrundlage dafür in Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 OR. Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, Verzugszinsen zu 5 % für das Jahr zu bezahlen. Der Eintritt des Verzugs setzt nach Art. 102 Abs. 1 OR eine Mahnung voraus. Die Zustellung einer Rechnung gilt dann als Mahnung, wenn darin unmissverständlich ausgedrückt wird, dass die Zahlung nach Ablauf einer bestimmten Frist erwartet wird (Gauch / Schlupe /

Schmid/ Emmenegger , Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014, Bd II, Rz 2706). Eine Mahnung findet sich in den Akten nicht, weshalb die Verzugszinsen ab Klageeinleitung, ab 10. Januar 2019, geschuldet sind. 8.

E. 4

). Die AXA anerkannte ihre Leistungspflicht und richtete dem Versicherten nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist Taggelder aus (Urk. 10/11) .

Mit Schreiben vom 28. November 2017 (Urk. 10/11) teilte die AXA dem Versicherten mit, dass ihm gemäss medizinischen Abklärungen eine angepasste Tätigkeit zu 50 % zumutbar sei und ihm ab 1. Februar 2018 ein gekürztes Taggeld ausgerichtet werde. Mit Schreiben vom 12. Februar 2018 (Urk. 10/16) hielt die AXA an ihrer Entscheidung fest. Nach erneuter Intervention durch den Versicherten (Urk. 10/18) bestätigte die AXA mit Schreiben vom 19. Juni 2018 (Urk. 10/22) die Ausrichtung eines vollen Taggeldes rückwirkend per 1. Februar 2018 und stellte eine erneute Stellungnahme zur Leistungspflicht nach Erhalt des durch die IV-Stelle in Auftrag gegebenen polydisziplinären Gutachtens in Aussicht.

Mit Schreiben vom 22. August 2018 (Urk. 10/26) teilte die AXA dem Versicherten mit, dass gemäss Gutachten seit dem 28. Mai 2018 eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit vorliege. Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit sei der allgemeine Arbeitsmarkt massgebend , da er seit dem 1. Februar 2018 stellenlos sei . Die Taggelder würden per 31. August 2018 eingestellt . Mit Schreiben vom 21. September 2018 (Urk. 10/28) hielt die AXA grundsätzlich

an ihrer Entscheidung fest, erklärte sich jedoch bereit, das Taggeld noch bis spätestens zum 30. September 2018 auszurichten. 2.

Am 10. Januar 2019 reichte der Versicherte Klage gegen die AXA ein

und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 31'850.40 zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % seit dem jeweiligen Fälligkeitsdatum (Urk. 1 S. 2 Ziff. 1).

Mit Klageantwort vom 4. Juni 2019 (Urk. 9) beantragte die AXA die Abweisung der Klage

Am 7. August 2019

reichte der Kläger seine Replik (Urk. 1

E. 4.1

Der Kläger machte geltend, er sei auch nach dem 1. Oktober 2018 noch zu 100 % arbeitsunfähig gewesen. Nach Ansicht des behandelnden Arztes Dr. A.____ sei er erst seit November 2018 zu 20 % arbeitsfähig in einer angepassten Tätigkeit (E. 2.2) .

Die Beklagte stützte ihre Leistungsverweigerung auf das zuhanden der IV-Stelle von den Ärzten der B.____ erstellte polydisziplinäre Gutachten vom 28. Mai 2018 (vorstehend E. 3.12), wonach dem Kläger eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit zumutbar sei.

E. 4.2

Zu prüfen ist nachfolgend , ob der Kläger den Beweis für die von ihm behauptete Arbeitsunfähigkeit erbringen kann , oder ob der Beklagten der Gegenbeweis gelingt, mithin hinreichende Indizien den Hauptbeweis scheitern lassen .

E. 4.3

Auf das vom Kläger mit der Klagebegründung (Urk. 2) eingeführte zuhanden der Invalidenversicherung erstattete polydisziplinäre Gutachten der B.____ (E. 3.12) kann abgestellt werden (vgl. E. 1.10) . Die Gutachter der B.____

attestierten dem Kläger eine Arbeitsfähigkeit von 40 % in seiner angestammten Tätigkeit und in einer leidensangepassten Tätigkeit eine solche von 100 % (S. 74) . Das B.____-Gutachten stützt sich auf die vollständigen medizinischen Vorakten (S. 2 f., S. 26 ff., S. 47 ff.) , setzt sich ausführlich mit diesen auseinander und enthält eine eigene detaillierte Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers nach eingehenden Untersuchungen durch Spezialärzte in den Fachgebieten Allgemeine Innere Medizin, Neurologie, Orthopädie und Psychiatrie. Die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit wurde zudem im Rahmen einer Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit ausführlich und nachvollziehbar begründet (S. 9 ff.) .

Der Kläger zeigte sich anlässlich der Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit inkonsistent, limitierte sich selbst und manifestierte eine mässige Symptomausweitung. Demnach liess sich das Ausmass der demonstrierten physischen Einschränkungen mit den objektivierbaren pathologischen Befunden nur teilweise erklären (S. 12) . Gestützt auf medizinisch-theoretische Überlegungen und unter Berücksichtigung der Beobachtungen bei den Leistungstests wurden dem Kläger körperlich leichte, wechselbelastende Arbeiten als vollschichtig zumutbar beurteilt. Dabei haben die Gutachter detailliert dargelegt, welche Arbeiten der Kläger noch ausführen kann und haben dabei schlüssig und nachvollziehbar aufgezeigt, welche körperlichen Einschränkungen sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirken (S. 12 ff.) .

Das Gutachten der B.____ beantwortet alle relevanten Fragen, stützt sich auf den wesentlichen Sachverhalt und begründet den Befund sowie die Beurteilung der

Arbeitsfähigkeit nachvollziehbar und schlüssig.

E. 4.4

Der Kläger erachtet die Ausführungen von Dr. A.____ als geeignet, die Schlussfolgerungen der B.____ -Gutachter zu entkräften.

Vorliegend ist die Arbeitsfähigkeit ab dem 1. Oktober 2018 strittig, womit eine Stellungnahme von Dr. A.____ vorliegen müsste, welche schlüssig und nachvollziehbar darlegt, weshalb ab diesem Zeitpunkt nicht mehr auf das Gutachten abgestellt werden könne. Nach Erlass des B.____ -Gutachtens von Mai 2018 liegt lediglich ein Bericht von Dr. A.____ vom 8. November 2018 vor (vgl. vorstehend E. 3.13). Aus diesem Bericht geht keine objektive Befunderhebung hervor, viel mehr gab Dr. A.____ im Wesentlichen die subjektiven Beschwerdeschilderungen des Klägers wieder und attestiert diesem eine Arbeitsfähigkeit von 20 % in leidensangepassten Tätigkeiten. Seine Beurteilung begründete Dr. A.____ jedoch nicht weiter und äussert sich auch nicht zu den Gründen, wieso er von der Einschätzung und Beurteilung der B.____ -Gutachter abweicht. Dem Bericht sind keine Ausführungen zu entnehmen, welche die Schlussfolgerungen im B.____ -Gutachten zu entkräften vermöchten. Ausserdem gilt es in Bezug auf die Berichte von Dr. A.____ die Erfahrungstatsache zu beachten, wonach behandelnde Ärzte und Spezialisten aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten des Patienten aussagen (BGE 125 V 351 E. 3b/cc). Es liegen nach dem Gesagten keine triftigen Gründe vor, welche ein Abweichen von den gutachterlichen Beurteilungen plausibel erscheinen liessen.

Die Würdigung der zugunsten der Parteistandpunkte ins Feld geführten ärztlichen Stellungnahmen führt zum Schluss, dass im strittigen Zeitraum

keine Arbeitsunfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit mehr vorgelegen hat und der Kläger auch in seiner angestammten Tätigkeit wieder im Umfang von 40 % arbeitsfähig gewesen ist. 5. 5.1

Nach Art. 100 Abs. 2 VVG sind für Versicherungsnehmer und Versicherte, die nach Art. 10 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) als arbeitslos gelten, Art. 71 Abs. 1 und 73 KVG sinngemäss anwendbar. In Art. 73 Abs. 1 KVG ist geregelt, dass Arbeitslosen bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50 % das volle Taggeld auszurichten ist, sofern die Versicherer auf Grund ihrer Versicherungsbedingungen oder vertraglicher Vereinbarungen bei einem entsprechenden Grad der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich Leistungen erbringen. Die versicherte Person hat in diesem Fall keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 28 Abs. 4 AVIG). Hat die versicherte Person aufgrund der Schadenminderungspflicht eine neue berufliche Tätigkeit zu suchen, so ist diese im Rahmen von Art. 73 Abs. 1 KVG massgebend (EVG K 149/00 E. 3 und 4, Gerhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl. Zürich 2018, Art.

E. 6

) ein und passte seinen Antrag in dem Sinne an, dass die Beklagten zu verpflichten sei, ihm Fr. 29'427.-- zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % seit dem jeweiligen Fälligkeitsdatum. Die Beklagte erstattete am 13. November 2019 ihre Duplik (Urk. 22) und hielt an ihrem Antrag fest. Dies wurde dem Kläger mit Gerichtsverfügung vom 14. November 2019 (Urk. 23) zur Kenntnis gebracht. Mit Verfügung vom 15. April 2020 (Urk. 24) wurden die Akten

der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich betreffend den Kläger (Urk. 28) beigezogen. Der Kläger nahm zu den beigezogenen Akten am 2. Juli 2020 (Urk. 31) und die Beklagte am 23. September 2020 (Urk. 35) Stellung. Kopien der Stellungnahmen wurden den Parteien wechselseitig zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 36). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 8

Ausnahmen vom Regelbeweismass des strikten Beweises, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst, andererseits sind sie durch Rechtsprechung und Lehre her ausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2). Die Beweiserleichterung setzt demnach eine «Beweisnot» voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Die entsprechenden Überlegungen gelten unabhängig davon, welche Partei beweisbelastet ist. Das Bundesgericht hat denn auch in Bezug auf den vom Versicherer zu erbringenden Beweis der absichtlichen Herbeiführung des versicherten Ereignisses (Art. 14 VVG) entschieden, dass der Versicherer sich ebenfalls auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen kann, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist. Diese Beweiserleichterung soll auch für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls (mit oder ohne Täuschungswille, der naturgemäss nur schwierig zu erbringen ist), gelten (Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3).

1.

E. 8.1

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 Parteientschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

E. 8.2

Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Titel des GOG). Dasselbe gilt für die Verordnung über die Anwaltsgebühren (LS 215.3). Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich somit nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 5 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV

SVGer). Gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und

dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen.

Unter Berücksichtigung der genannten Bemessungskriterien erweist sich eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (Auslagenersatz und Mehrwertsteuer inbegriffen) als angemessen. Das Gericht erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 6'334.85, zuzüglich 5 % Zins seit dem 10. Januar 2019, zu bezahlen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt.) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Ulrich Kurmann - AXA Versicherungen AG - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA 5.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). 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 dem 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, 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
Schüpbach

E. 9

Die Beweislastverteilung regelt die Folgen der Beweislosigkeit. Gelangt ein Gericht dagegen in Würdigung der Beweise zum Schluss, eine Tatsache behauptungsgemäss bewiesen oder widerlegt ist, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos. Tatsächliche Vermutungen lassen den Schluss auf das Vorhandensein oder das Fehlen bestimmter Tatsachen zu und bilden Teil der Beweiswürdigung. Dazu gehört auch die allfällige Vermutung, dass eine versicherte Person auch bei gesunder Verfassung keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre (BGE 141 III 241 E. 3.2). 1. 10

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 Kinderbelange 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 Beweismittel zu. Ein Gutachten, welches von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet wurde, kann gemäss BGE 140 III 24 vom Zivilrichter als gerichtliches Gutachten beigezogen werden. Privatgutachten sind zwar zulässig, aber nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptungen (BGE 141 III 433 E. 2.5.2). 2. 2.1

Es ist unbestritten, dass der Kläger aufgrund der von seiner (ehemaligen) Arbeit geberin , der

Y.____ , Z.____ , mit der Beklagten abgeschlossenen Krankentag geld ver sicherung (Police Nr. „...“) gemäss den An gaben in der Police (Urk. 10/33) und den Allgemeinen Versiche run gs bedingungen für die kollektive Taggeldversicherung nach VVG , Ausg abe Juli 2010 (AVB, Urk. 10/32) , für ein Taggeld versichert war.

Gemäss diesen AVB gewährt die Beklagte im Rahmen der vereinbarten Leistungen Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % infolge Krankheit

(S. 3). Krank heit ist gemäss

lit . A 4 Ziff. 1

AVB jede Beeinträchtigung der körperlichen, geis ti gen oder psychischen Gesund heit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Ar beits un fähigkeit zur Folge hat .

In lit . A 4 Ziff. 2 AVB wird Arbeitsunfähigke it definiert als die durch eine Krank heit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit

im bisherigen Beruf oder Aufga benbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumut bare Tätig keit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.

Das Taggeld beträgt 80 % des versicherten Lohnes und wird während 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist v on 6 0 Tagen ausgerichtet (Urk. 10/33) .

Die Beklagte richtete dem Kläger im vorliegend zu beurteilenden Krankheitsfall bereits 4 86 ganze Taggelder à Fr. 173.10 aus. Die Taggeldhöhe errechnet sich aus dem versicherten Lohn des Klägers von Fr. 78'976.- (Urk. 2/11; Fr. 78'976. - : 365 x 0.8). Soweit ist der Sachverhalt unbestritten. Strittig ist die Leistungspflicht der Beklagten vom

1. Oktober 2018 bis 1 9. März 2019 . 2.2

Der Kläger stellt sich in der Klagebegründung (Urk. 1) auf den Standpunkt, ihm seien auch ab dem 1. Oktober 2018 weiterhin Taggelder auszurichten. Nach An sicht des behandelnden Arztes Dr. med. A.____ sei er sowohl in der angestammten als auch in einer leidensangepassten Tätigkeit 100 % arbeitsunfähig (S. 7) . Erst seit November 2018 attestiere er dem Kläger in einer angepassten Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 20 % (S. 7 , 10) .

Die IV-Stelle habe hingegen am 1 5. Oktober 2018 rückwirkend verfügt, eine angepasste Tätigkeit sei vollumfänglich möglich. Der Kläger habe bis zu diesem Zeitpunkt auf die Einschätzung des behandelnden Arztes vertrauen dürfen (S. 10). Im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht gelte im vorliegend relevanten Privatversicherungsrecht der tatsächliche Arbeitsmarkt als Referenzwert (S. 9). Es sei Aufgabe der Beklagten zu beurteilen, ob ihm auf dem tatsächlichen Arbeitsmarkt ein Berufswechsel unter Berücksichtigung seiner Ressourcen zugemutet werden könne oder nicht (S. 10). Bejahendenfalls hätte die Beklagte dem Kläger eine Übergangsfrist zur Wiedereingliederung gewähren müssen. Diese Frist wäre länger als die noch offenen Taggelder gewesen . Offen seien noch 1 8 4 Taggelder à Fr. 173.10, entsprechend einer

Summe von Fr. 31'850. -- (S. 12).

In seiner Replik (Urk. 16) passte der Kläger seine Forderung dahingehend an, als dass er seine Taggeldforderung auf die Zeit bis 19. März 2019 und damit auf 170

Taggelder à Fr. 173.10 entsprechend einer Summe von Fr. 29'427. -- reduzierte. Er begründete dies mit einem am 19. März 2019 erlittenen Autounfall, der eine Leistungspflicht der Suva ausgelöst habe (S. 8). Der Kläger sei von der Beklagten nie aufgefordert worden, innert angemessener Frist eine angepasste Stelle zu suchen. Der Hinweis, er solle sich bei der Arbeitslosenkasse anmelden, sei ungenügend und zudem falsch. Die Taggelder der Arbeitslosenversicherung seien zu den Krankentaggeldern subsidiär (S. 6). 2.3

Demgegenüber vertrat die Beklagte in ihrer Klageantwort (Urk. 9) die Ansicht, zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers sei es im vorliegenden Fall angezeigt, auf die überzeugenden fachärztlichen Stellungnahmen im B.____-Gutachten abzustellen, wonach der Kläger in seiner angestammten Tätigkeit zu 40 % und in einer angepassten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig sei (S. 12). Die Annahme einer Hilfstätigkeit könne dem Kläger zugemutet werden. Die von der IV-Stelle ermittelte Arbeits- beziehungsweise Erwerbsunfähigkeit finde nicht nur im Sozialversicherungsrecht Anwendung, sondern erweise sich auch bei der Beantwortung der Frage nach der konkreten Zumutbarkeit eines Berufswechsels als konform.

Bei einem ungelerten Arbeiter erübrige sich das Ansetzen einer Übergangsfrist, es sei ihm ohne besondere Massnahmen zumutbar, eine Hilfstätigkeit anzunehmen. Bei der seitens der IV ermittelten Erwerbseinbusse von 24 % wäre es aufgrund der anwendbaren gesetzlichen Koordinationsregeln an der ALV gewesen, dem Kläger ein volles Taggeld auszurichten (S. 15). Sollte ein Anspruch des Klägers auf Taggelder bestehen, so wären die seitens der SWICA geleisteten Taggelder von Fr. 25. -- pro Tag abzuziehen, insgesamt eine Summe von Fr. 3'425. -- (S. 16).

In ihrer Duplik (Urk. 22) führte die Beklagte aus, im konkreten Fall des Klägers habe die IV-Stelle das unter Berücksichtigung seiner gesundheitlichen Einschränkungen noch erzielbare Einkommen in einer allgemeinen Hilfstätigkeit mittels Bezug der statistischen Löhne des Bundesamtes eruiert. Da das Bundesgericht diese Praxis bestätigt habe, könne sie auf den von der IV-Stelle ermittelte IV-Grad von 24 % abstellen und sei somit nicht weiter leistungspflichtig (S. 3). Sie habe zudem den Kläger vor der Leistungseinstellung bereits mit Schreiben vom 28. November 2017 auf die Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit hin gewiesen und ihm die Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung empfohlen. Somit habe sie den Kläger bereits vor der Leistungseinstellung auf die Erfüllung der Schadenminderungspflicht aufmerksam gemacht, weshalb sich auch aus diesem Grund das Ansetzen einer Übergangsfrist erübrigt habe (S. 3 f.).

In ihrer Stellungnahme zu den Akten der Arbeitslosenversicherung (Urk. 35) kam die Beklagte auf ihren Antrag auf Verrechnung mit Taggeldern der SWICA zurück; es bestehe dafür keine reglementarische Grundlage. Sie stellte dagegen den Antrag, allenfalls noch geschuldete Taggelder seien gestützt auf lit. B 10 Ziff. 1 AVB

mit Taggeldern der Arbeitslosenversicherung zu verrechnen. 3.

Zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers im strittigen Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 19. März 2019 wurden von den Parteien folgende medizinischen Unterlagen zu den Akten gereicht: 3.1

Dr. med.

C.____, Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie und – psychotherapie, berichtete am 25. August 2017 (Urk. 10/5) über die Behandlung des Klägers seit dem 4. April 2017 und führte aus, diese habe keine wesentliche Besserung der seit Jahren bestehenden Rückenprobleme gebracht. Weiter wies er auf die Kündigung des 20-jährigen Arbeitsverhältnisses hin. Dr. C.____ schilderte überdies unverändert starke Schmerzen sowie eine Depression und Ängste gemäss ICD-10 F43.2 2. Er attestierte dem Kläger eine volle Arbeitsunfähigkeit. Eine somatische Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in einer zumutbaren Erwerbstätigkeit erachtete Dr. C.____ wegen der psychischen Überlagerung als nicht möglich. 3.2

Dr. med. D.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, erstattete seine konsiliar psychiatrische Beurteilung zur Plausibilisierung der Arbeitsunfähigkeit am 29. August 2017 (Urk. 10/6) und führte aus, der Kläger berichte

über jahrelange lumbovertebrale Schmerzen, weshalb ihm von den Ärzten ein Arbeitsplatzwechsel empfohlen worden sei. Dies sei bei der ehemaligen Arbeitgeberin nicht möglich gewesen. Darum habe er trotz den andauernden Schmerzen in seinem langjährigen Tätigkeitsprofil am Band in der Montage weitergearbeitet. Am 16. Februar 2017 habe er dennoch völlig unerwartet die Kündigung erhalten. Unter Druck habe er diese unterschrieben. Deswegen sei er völlig schockiert und fertig gewesen. Er habe deswegen Schlafprobleme, sei psychisch und nervlich am Ende und fühle sich wie bei einer Depression. Der Kläger schildere Gedankenkreise, Atemnot mit nächtlichem Erwachen, Druck in der Brust, eine ausgeprägte motorische Unruhe sowie ein ständiges Weinen. Weiter erwähne der Kläger einen sozialen Rückzug mit Vermeidung der Stadt oder des Kontakts mit den Kollegen. Der Anblick der Firma oder Gedanken daran würden zu einem Drehen im Kopf führen und ihn fertig machen. Er sei sehr belastet, schnell nervös, habe Konzentrationsprobleme und verstehe die Dinge falsch. Alles fühle sich manchmal unwirklich an. Als körperliche Probleme erwähne der Kläger LWS-Beschwerden, welche mit dem Grübeln zu Hause zunehmen würden (S. 2).

Dr. D.____

stellte folgende auffälligen psychiatrischen Untersuchungsbefunde fest: leicht herabgesetzte Auffassungs- und Konzentrationsfähigkeit, herabgesetzter Antrieb, starke psychomotorische Anspannung, ausgeprägte motorische Unruhe, innere Unruhe und Nervosität, ernste Stimmungslage, Auslenkung zum depressiven Pol, erhöhte Vulnerabilität und Affektlabilität, Vermittlung von Belastungserleben und Krankheitsgeschehen, zum Teil den Tränen nah, herabgesetzte affektive Modulierbarkeit, schildere gelegentliche Lebensunlust, berichtet

über Verstärkung der lumbalen Schmerzen aufgrund der psychischen Belastung bei Gedankenkreisen um das am letzten Arbeitsplatz Erlebte (S. 3). Er diagnostizierte eine Anpassungsstörung nach Arbeitsplatzverlust (ICD-10 F43.20) und ein lumbovertebrales Schmerzsyndrom, keine somatischen Befunde/rheumatologischen Beurteilungen vorliegend, Differentialdiagnose

(DD) im Rahmen einer somatoformen Mitausgestaltung (ICD-10 F45.4).

B eim Kläger liege aus psychiatrischer Sicht keine ausreichende Stabilität und Belastbarkeit für den direkten beruflichen Wiedereinstieg und die erfolgreiche Umsetzung einer Arbeitsleistung in der freien Wirtschaft vor , weshalb aus psy chiatrischer Sicht eine vol le Arbeitsunfähigkeit bestätigt werde . In Zusammen hang mit der psychi s c hen Belastungsreaktion ging Dr. D.____

bei fortgesetzter adäquater Therapie in den nächsten sechs bis acht Wochen mit erhöhter Wahr scheinlichkeit von einer weiteren Stabilisierung und Z ustandsbesserung mit einer 50%i gen Arbeitsfähigkeit in einer den somatisch-rheumatologischen Beschwer den angepassten Tätigkeit bis Ende Oktober 2017 aus, ohne dass er diesbezüglich eine abschliessend verbindliche Prognose stellen wollte (S. 4) . Das Vorliegen einer bleibenden Einschränkung der Arbeitsfähigkeit aus psychiatr ischer Sicht im Rahmen eines an haltenden, therapeutisch nicht beeinflussbaren psychischen Kran k h eitsgeschehens verneinte Dr. D.____ , weshalb er empfahl, innerhalb der nächs ten zwei bis drei Monate wieder eine vollständige psychische Genesung anzu streben (S. 5). 3.3

Dr. med. E.____ , Facharzt für Neurologie,

F.____ , berichtete am 3 1. August 2017 (Urk. 10/7) und stellte als Diagnosen ein rechts seitiges lumboradikuläres Reiz- und diskretes tes sensomotorisches Ausfallsyn drom mit leichtgradige r sensible r

radikuläre r Reizleitungsstörung L4-S1 rechts und chronischen neurogenen motorischen Veränderungen in der hauptsächlich L4/L5-innervierten, geringfügiger in der L3/L4-innervierten Muskulatur rechts sowie eine leichte sensomotorische, distal-betonte axonale und demyelinisierende diabetische Polyneuropathie der Beine (S. 1) .

Dr. E.____ führte aus, der Kläger berichte über Lumbalgien mit schleichender Progredienz sowie Nackenschmerzen mit rechtsbetonter Ausstrahlung in die Arme . Das Hauptproblem bleibe aber die rechts betonte Lumbalgie mit Ausstrahlung in den Beckenkamm und in den Oberschenkel. Dr. E.____

erwähnt e , dass der Kläger nachts wegen der Rückenschmerzen häufig aufstehen müsse und am Morgen deutliche Anlaufsch merzen habe. Eine lumbale Infiltration habe neulich links seitig eine minimale Besserung ergeben, jedoch ohne sicheren Effekt auf der rechten Seite (S. 1 unten) .

Die neurologisch-klinische Untersuchung ergebe zwar keine sicheren lumbo radi kulären Ausfälle . Die vom Klä ger geschilderten Fühlstörungen würden fleck förmig den rechten Oberschenkel betreffen und könnten allenfalls den lumbo radikulären

Versorgungsgebieten L3, L4 und L5 zugeordnet werden. Die elek trophysiolo gisc he Diagnostik habe Hinweise auf sensible Reizleitungsstörungen der Radices L4 bis S1 rechts gezeigt.

N adelmyographisch

fänden sich rechts minimale Hinweise auf motorische Veränderungen L4/5 > L3/ 4. Links zeige sich eine bilateral nachweis bare leichte diabe tische Polyneuropathie. Aus neu rologischer Optik sei es deshalb denkbar, dass ein lumbo (-poly -) radikuläres Reizsyndrom rechts mit minimalem sensiblem und diskretem mot orischen Ausfallsyndrom bestehe (S. 2). 3.4

Prof. Dr. med. Dr. phil. A.____ , Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, G.____ , berichtete am 28. September 2017 (Urk. 10/8) und nannte folgende Diagnosen (S. 1) : - schweres chronisches, körperlich belastungsabhängiges Schmerzsyndrom im Rücken/ Sakrum /Gesäss und Beinen, deutlich mehr rechts als links mit/bei - Verdacht auf Nervenwurzelreiz-/Ausfallsymptomatik L3/L4 und L5 beidseits, deutlich mehr rechts als links - ASR und PSR beidseits nicht auslösbar, PSR höchstens leicht - Geradrücken, fortgeschrittene Degeneration der LWS mit vor allem neuroforaminalen und zum Teil rezessalen Engen, L2/L3, L3/L4 wahrscheinlich Spontanfusion, Dysstabilität /Überbeweglichkeit Bewegungssegment L4/L5 - elektrophysiologisch nachgewiesene Reizleitungsstörungen/ Radikulopathien L4 bis S1 rechts - 28. Juni

2017 Infiltrationen L4/L5 rechts mit vorübergehender, stundenweiser, signifikanter Besserung der Beschwerden - 12. Juli 2017 Infiltration der Nervenwurzel L4 und L5 links mit anhaltender, signifikanter Besserung der Schmerzen im Bein links - seit Jahren konservative Therapien mittels Physiotherapie und Schmerzmitteln - schwere psychische Belastung seit Entlassung im Februar 2017, in psychiatrischer Behandlung Prof. A.____ führte die Beschwerden und die klinisch-neurologischen Ausfälle, insbesondere die Reflexstörungen, auf die diagnostizierten Reizleitungsstörungen der Nerven zurück. Er erachtete eine Reintegration des Klägers in eine körperlich schwere Tätigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht als möglich. Eine solche sei nur in Bezug auf eine körperlich leichte Funktion, ohne Heben von Lasten von mehr als 5-10 kg und ohne repetitives Beugen und Rotieren des Oberkörpers vorstellbar (S. 2).

3.5

Dr. med.

H.____ , Facharzt für Allgemeine Innere Medizin und für Rheumatologie, berichtete am 9. November 2017 (Urk. 10/9) und führte aus, dem Kläger sei eine volle Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit, jedoch eine 50%ige Arbeitsfähigkeit mit Aussicht auf eine weitere Steigerung derselben in einer körperlich leichten Funktion ohne spezielle Rückenbelastung zu attestieren . 3.6

Prof. A.____ berichtete erneut am 14. November 2017 (Urk. 10/10)

und führte aus, infolge von Infiltrationen der Nervenwurzeln L4 und L5 sei es zu einer vorübergehenden signifikanten Verbesserung der Schmerzsituation gekommen, jedoch nicht anhaltend. Nun bestünden wieder die vorbestehenden Beschwerden im Rücken und in den Beinen (S. 2 oben) .

Wegen diesen Beschwerden werde es dem Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich sein, eine körperlich anspruchsvolle Tätigkeit wieder aufzunehmen, insbesondere auch nicht eine leichte Tätigkeit, da der Kläger auch bei kleineren körperlichen Belastungen bereits starke Schmerzen verspüre (S. 2 unten) .

Am 18. Januar 2018 (Urk. 10/13) schilderte Prof. A.____ weiterhin bestehende chronische Schmerzen im Rücken und in den Beinen mit Schwerpunkt rechts sowie zunehmende Beschwerden im Bereich der Schulter und des rechten Arms. Er attestierte dem Kläger deswegen eine volle Arbeitsunfähigkeit (S. 2) . 3.7

Dr. H.____ nahm am 1. Februar 2018 Stellung (Urk. 10/15) und führte aus, dass die neurologischen Ausfälle nicht gesichert seien und es sich diesbezüglich vorwiegend um

eine unspezifische Symptomatik handle. Diese scheine sich auch ohne Belastung durch Arbeit auszuweiten, was nicht mit entsprechenden Befunden erklärt werden könne. Das Beschwerdebild lasse sich deshalb nicht hinreichend allein mit den degenerativen LWS-Befunden begründen. Angaben zu spezifischen Limitierungen und Belastungsgrenzen würden fehlen, so dass die Arbeitsunfähigkeit lediglich medizinisch-theoretisch abgeschätzt werden könne. Beim vorliegenden schweren degenerativen Wirbelsäulenschaden

scheine die angestammte körperlich belastende Tätigkeit nicht mehr zumutbar. Eine generelle Arbeitsunfähigkeit für eine angepasste Tätigkeit sei jedoch nicht plausibel. Für eine angepasste Tätigkeit bestehe wider besseren Wissens nach wie vor eine 50%ige Arbeitsfähigkeit (S. 2). 3.8

Prof. A. ___ berichtete am 22. Februar 2018 (Urk. 10/17) und führte aus, der Kläger habe eine

schwere Abnützung der Lendenwirbelsäule mit dorsoventralen Degenerationen von L1 bis S1 und entsprechenden fortgeschrittenen neuroforaminalen Engen von L5 bis S1, dies im Rahmen eines Gradrückens mit

Abnützung, insbesondere der

ventralen Anteile der LWS. Weiter erwähnte Prof. A. ___

eine Reiz / Ausfallsymptomatik der Nervenwurzeln am lumbosakralen Übergang mit Schmerzausstrahlung bis in die Füße wegen der neuroforaminalen Engen. Er verwies diesbezüglich auf die sehr gute Reaktion auf die Infiltration während mehrerer Stunden, die nicht oder nur schwach auslösbaren ASR-Reflexe und die Hinweise für die Existenz einer Radikulopathie beidseits am lumbosakralen Übergang. Der Kläger sei aufgrund der erwähnten Beschwerden nicht arbeitsfähig. Dieser sei nicht in der Lage, mehr als eine halbe Stunde zu sitzen oder zu stehen oder den Oberkörper suffizient zu drehen oder zu beugen. Schmerzbedingt könne er sich kaum bücken oder den Oberkörper strecken oder drehen, zudem würde ihm auch das Sitzen oder Stehen starke Beschwerden verursachen. Insbesondere ohne Einnahme von Medikamenten sei eine Arbeit aufgrund einer Zunahme der Schmerzen auf 6 bis 7 der Skala von 1 bis 10 nicht möglich. Mit Schmerzmitteln würden sich die Beschwerden bei 4 bis 5 einpendeln (S. 2) . 3.9

Dr. med. I. ___ , Fachärztin für Neurologie, J. ___ , berichtete am 2. Mai

2018 (Urk. 10/19) und nannte folgende Diagnosen: - Karpaltunnelsyndrom rechts - Radikulopathie C7 rechts ohne sensomotorischen Ausfälle - rechtsseitiges lumboradikuläres Reiz- und diskretestes sensomotorisches Ausfallsyndrom mit leichtgradigen sensiblen radikulären Reizleitungsstörungen L4 bis S1 rechts und chronischen neurogenen motorischen Veränderungen in hauptsächlich L4/L5 innerviert, geringfügiger in L3/L4 innervierter Muskulatur rechts bei - leichter linkskonvexer lumbaler Skoliose, hochgradiger lumbaler Spinalkanalstenose L2/L3 und L3/L4, leichter Spinalkanalstenose L1/L2 und L4/L5 - Status nach Infiltration L4/L5 rechts am 28. Juni 2017 mit

vorübergehender, stundenweiser signifikanter Besserung der Beschwerden - Status nach Infiltration der Nervenwurzeln L4 und L5 links mit anhaltender signifikanter Verbesserung der Schmerzen im Bein links am 12. Juli 2017 - leichte sensomotorische, distal betonte axonale und demyelinisierende diabetische Polyneuropathie der Beine Sie führte aus, anlässlich der Untersuchung vom 2. Mai 2018 habe der Kläger über belastungsabhängige ausstrahlende Schmerzen vom Nacken in den rechten Vorderarm geklagt, welche auch

nachts mit einem Einschlafgefühl des gesamten Armes und aller Finger auftreten könnten .
Besserung verschaffe das Ausschütteln der Arme. Weiter klage er über eine schmerzbedingte
Einschränkung der Schulterbeweglichkeit (S. 2 oben). Das MRI vom 21. Juni 2017
zeige eine foraminale Kompression der Nervenwurzel L3 links und L4 rechts sowie re
zessal L5 beidseits (S. 2 Mitte). 3.10

Mit Stellungnahme vom 18. Mai 2018 (Urk. 10/20) führte Dr. med. K.____ , Facharzt für
Neurologie, beratender Arzt der Beklagten, aus, dass die Rückenbeschwerden erst nach
Aussprache der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu einer längeren Arbeitsunfähigkeit
beim Kläger geführt hätten, weshalb diese nicht allein hierfür verantwortlich seien. Die
Einschätzung von Prof.

A.____ erachte er als vorschnell, weshalb sie noch von einem zweiten Orthopäden
nachvollzogen werden müsste, zumal auch Dr. H.____ dessen Beurteilung nicht bestätigt
habe. Die neurologische Einschätzung von Dr. E.____

sei für ihn nicht gerecht fertigt. In Bezug auf den Bericht von Dr. I.____

hielt er fest, dass sich diese zur Symptomatik der Beine nicht geäußert und keine erneuten
Untersuchungen vorgenommen habe. Er würde die neurologische Standortbestimmung bei
Dr. L.____ abwarten (S.

4 unten). Die aktuelle Arbeitsfähigkeit lasse sich aufgrund der Akten nicht sicher
entscheiden. Eine 50%ige Teilarbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit sei dem
Kläger ab sofort möglich (S. 5). 3.11

Dr. C.____

attestiert dem Kläger eine volle Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Diagnose F43.21 gemäss
ICD-10, entsprechend einer Anpassungsstörung mit längerer depressiven Reaktion . Er
ging nicht von einer Besserung des Gesundheitszustandes und einer Steigerung der
Arbeitsfähigkeit aus (Urk. 10/23). 3.12

Die Gutachter der B.____ erstatteten ihr polydisziplinäres Gutachten zuhanden der IV-Stelle
am 28. Mai 2018 (Urk. 10/ 24) in den Disziplinen Orthopädie, Psychiatrie, Neurologie und
Innere Medizin.

Im Rahmen der orthopädischen Untersuchung stellte Dr. med. M.____ , Facharzt für
Orthopädie, folgende Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit (S. 8 Ziff. 6.1) : - mässige
Atlantodentalarthrose - fortgeschrittene Osteochondrose mit Diskushernie L3/4 und
Dekonfiguration der Nervenwurzel C4 beidseits - fortgeschrittene Osteochondrose mit
Diskushernie C4/5 mit Dekonfiguration der Nervenwurzel C5 rechts - fortgeschrittene
Osteochondrose mit Diskushernie C5/6 und Einengung der Nervenwurzel C6 rechts -
Osteochondrose und Diskushernie C6/7 und C7/Th1 - Lumboischialgie beidseits bei
linkskonvexer Skoliose, Spondylarthrose L1/2, Osteochondrose mit mässiger
Spondylarthrose und Diskushernie L3/4, deutlicher Spondylarthrose und Diskushernie L4/5
mit foraminale Einengung der Nervenwurzel L4 rechts sowie höhergradiger Spinalkanal
stenose - Acromioclaviculargelenksarthrose , Partialruptur der Subscapularis - und
Supraspinatussehne - deutliche Tendinopathie der langen Bicepssehne rechts.

Im Rahmen der Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit seien aus funktioneller
Sicht folgende arbeitsrelevante Probleme zum Vorschein gekommen : Angabe von
lumbalen Schmerzen mit Vermeidung von Vorneigung und Selbst - limitierung beim Heben

und Tragen von Gewichten sowie beim Treppen- und Leiternsteigen, mässige Einschränkungen beim längeren Sitzen oder Stehen an Ort, Angabe von Schulter-/Arm- und Handschmerzen rechts, Kraftwerte unter dem Referenzwert (S. 12 oben). Die standardisierte Bewertung der Bereiche «Beschreibung von Schmerz und Einschränkungen», «Schmerzverhalten», «Leistungsverhalten» und «Konsistenz» ergab eine mässige Symptomausweitung. Infolge dieser mässigen Symptomausweitung, Selbstlimitierung und Inkonsistenz seien die Resultate der physischen Leistungstests für die Beurteilung der zumutbaren Belastbarkeit nur teilweise verwertbar. Es sei davon auszugehen, dass bei gutem Effort eine

bessere Leistung hätte erbracht werden können, als bei den Leistungstests gezeigt worden sei. Das Ausmass der demonstrierten physischen Einschränkungen lasse sich mit den objektivierbaren pathologischen Befunden nur teilweise erklären, weshalb sich die Beurteilung der Zumutbarkeit wesentlich auf medizinisch-theoretische Überlegungen stütze, unter Berücksichtigung der Beobachtungen bei den Leistungstests.

Eine weitergehende Einschränkung der Belastbarkeit lasse sich medizinisch-theoretisch nicht begründen (S. 12 Mitte).

Aufgrund der orthopädischen Diagnosen wurden körperlich mittelschwere Tätigkeiten in kalter und feuchter Umgebung, vorwiegend sitzend oder stehend, mit häufig inklinierten, reklinierten und rotierten Körperhaltungen, repetitiven Bewegungen der rechten Schulter und Arbeiten über den Horizontalen generell als nicht mehr zumutbar erachtet (S. 22 unten). Wegen häufigem Vorneigen wurde die angestammte Tätigkeit des Klägers nicht als vollumfänglich zumutbar beurteilt. Die Arbeitsfähigkeit als Monteur in einer Verzinkerei in temperierten Räumen und in einer körperlich leichten, primär stehenden und gehenden Tätigkeit mit mehrmaliger inklinierter und rotierter Körperhaltung betrage 40%. Es bestehe eine volle Arbeitsfähigkeit in einer körperlich leichten, hauptsächlich stehenden und gehenden Arbeit mit kurzen Sitzpausen, welche in temperierten Räumen stattfinden und keine häufigen inklinierten, reklinierten und rotierten Körperhaltungen beinhalte (S. 23).

Im Rahmen der psychiatrischen Exploration durch Dr. med. N.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, zeigten sich beim Kläger folgende auffälligen Befunde: bedrückte Stimmung, verminderte affektive Mitschwingung, verminderter Antrieb, negativistische Einengung des Denkens auf die körperlichen Beschwerden und die berufliche Zukunft, Verminderung von Motivation und Interesse, vermindertes Selbstwertgefühl und Selbstvertrauen (S. 37 Mitte). Dr. N.____ attestierte dem Kläger aus psychiatrischer Sicht eine volle Arbeitsfähigkeit in jeglicher Tätigkeit (S. 45). Er führte aus, dass dieser nach Erhalt des Kündigungsbescheids sowie in Zusammenhang mit der psychosozialen Problematik und den körperlichen Beschwerden eine Anpassungsstörung mit längerer depressiver Reaktion entwickelt habe. Das psychische Zustandsbild habe sich im Verlauf dank psychiatrischer und psychotherapeutischer Behandlung leicht gebessert, weshalb bestenfalls noch Symptome einer leichten depressiven Störung remittieren würden (S. 38 unten). Er erwähnte zudem eine psychogene Überlagerung der körperlichen Beschwerden mit demonstrativen Hinweisen auf die Schmerzen sowie Anhaltspunkte für eine Aggravation und einen sekundären Krankheitsgewinn zur Erklärung vor allem seiner sozialen Problematik (S. 41 oben).

Die neurologische Gutachterin Dr. med.

L.____, Fachärztin für Neurologie, stellte folgende Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit (S. 58 Ziff. 6.1): - diskretes belastungsabhängiges lumboradikuläres, sensomotorisches Schmerzsyndrom rechts mit sensibler Ausstrahlung in den Dermatomen L4-S1 rechts - chronische HWS-Beschwerden - in Assoziation mit einem peripheren Nervenkompressionssyndrom: sensomotorisches Carpal tunnel syndrome rechts, Erstdiagnose Februar 2018 Aufgrund der lumbalen Diagnose empfahl die Gutachterin, schwere, die Wirbelsäule belastende Tätigkeiten, insbesondere mit wiederholtem gewichtsbelastetem statischem und dynamischem Bücken und Wiederaufrichten, zu vermeiden. Angesichts der Beschwerden in der oberen, vorwiegend rechtsseitigen Extremität erachtete sie die Aufnahme von Arm- und Hand-, respektive Handgelenksbelastenden, stereotypen manuellen Tätigkeiten als unzumutbar (S. 60). Dr. L.____ beurteilte die vom Kläger geschilderten, als brennend empfundenen lumbalen/

para lumbalen Beschwerden mit signifikanter Ausstrahlung in das rechte Bein und submaximaler

Willkürinnervation im Bereich der rechten unteren Extremität hinsichtlich der subjektiven Graduierung als nicht nachvollziehbar (S. 61 Mitte).

Dr. L.____ attestierte dem Kläger eine 60%ige Arbeitsfähigkeit bei voller Präsenz von acht bis achteinhalb Stunden pro Tag als Apparatemonteur (S. 62 unten). Die Arbeitsfähigkeit in einer beschwerdeangepassten Tätigkeit in temperierten Räumen mit Wechselhaltung und ohne statische/dynamische cervicothoracale und lumbale Wirbelsäulenbelastungen sowie mit nur seltenem Treppensteigen und ohne Anspruch an stereotypische feinmotorische Arbeiten, Zwangshaltungen der

Wirbelsäule, des Kopfes und der Extremitäten betrage 100 % (S. 62 f.). Zusammenfassend kamen die Gutachter zum Schluss, dass die Arbeitsfähigkeit des Klägers in einer Tätigkeit als Monteur in einer Verzinkerei

seit August 2016 40 % betrage. Jedoch bestehe eine volle Arbeitsfähigkeit seit Dezember 2013 in einer beschwerdeangepassten Funktion (S. 74). 3.13

Prof. A.____ berichtete am 8. November 2018 (Urk. 10/30) und erwähnte

eine unveränderte Symptomatik mit Rücken- und Beinschmerzen, wobei letztere jetzt mehr links als rechts vorhanden seien.

Die balkenförmigen Schmerzen würden vom lumbosakralen Übergang ins Gesäss beidseits und in die Ober- und Unterschenkel dorsal ausstrahlen und vor allem beim Gehen und morgens beim Anlaufen bestehen. Der negative IV-Entscheid habe überdies negative Auswirkungen auf die Psyche des Klägers. Er attestierte dem Kläger eine Arbeitsfähigkeit von 20 % in einer leichten Tätigkeit ohne Heben von Lasten von mehr als 5 bis 10 kg und ohne repetitives Beugen und Drehen des Oberkörpers (S. 2). 4.

E. 11

Rz. 264).

Der Kläger galt im zu beurteilenden Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 19. März 2019 als arbeitslos im Sinne von Art. 10 AVIG: Er stand seit 1. Februar 2018 in keinem Arbeitsverhältnis, in angepasster Tätigkeit wäre ihm eine Vollzeitstelle zumutbar gewesen und es hätte ihm freigestanden, sich jederzeit bei der Arbeitslosenversicherung zur Arbeitsvermittlung anzumelden. Nach der Koordinationsnorm von Art. 73 Abs. 1 KVG

sind bei einer Arbeitsfähigkeit von 100 %

in angepasster Tätigkeit von Gesetzes wegen keine Krankentaggeldleistungen zu erbringen.

5.2.5.2.1

Nach Art. 28 Abs. 2 AVIG ist die Arbeitslosenversicherung subsidiär zur privaten Versicherung, die den Erwerbsausfall infolge Krankheit deckt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob gemäss den vorliegend zur Anwendung gelangenden AVB (Urk. 10/32) Krankentaggelder geschuldet sind.

Der Kläger war im eingeklagten Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 19. März 2019 in seiner angestammten Tätigkeit seit 3. April 2017 zu 60 % arbeitsunfähig (E.

4.4). Gemäss

lit. B 8 Ziff. 2 der AVB (Urk. 10/32) wäre entsprechend grundsätzlich ein Taggeld von 60 % geschuldet, da der Kläger seine langjährige Stelle bei der Y. krankheitsbedingt verloren hatte (28/198) und entsprechend davon auszugehen ist, dass er im Gesundheitsfall im zu beurteilenden Zeitraum erwerbstätig gewesen wäre. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Kläger seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen ist. 5.2.2

Nach Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Zur Erfüllung der Schadenminderungsobliegenheit kann ein Berufswechsel notwendig sein. So sieht lit. A 4

Ziff. 2 AVB dann auch vor, dass bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf berücksichtigt wird (vorstehend E. 2.1). Erwartet der Versicherer vom Versicherten einen solchen Berufswechsel, muss er dies dem Versicherten mitteilen. Zusammen mit der Abmahnung zum Berufswechsel muss dem Versicherten eine angemessene Übergangsfrist eingeräumt werden, während derer er sich anpassen und eine neue Stelle finden kann. Diesbezüglich hat sich in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung eine Frist von 3-5 Monaten etabliert, welche auch im Rahmen von Krankentaggeldversicherungen Gültigkeit beansprucht (BGE 133 III 527 E.

3.2.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A_304/2012 vom 14. November 2012 E. 2.3, nicht publ. in: BGE 138 III 799 mit Hinweisen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_830/2014 vom 21. Januar 2015 E. 2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A_73/2019 vom 29. Juli 2019 E. 3.3.2; vgl. auch die Urteile des Bundesgerichts 4A_384/2019 vom 9. Dezember

2019 E.

5.3 und 4A_253/2019 vom 5. September 2019 E. 4.2). Die zu gewährende Übergangsfrist dient generell der Anpassung und Stellensuche. Aus dem Zweck der Übergangsfrist folgt, dass während dieser Frist Taggelder weiterhin gemäss der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf zu leisten sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_73/2019 vom 29. Juli 2019 E. 3.3.3 mit Hinweisen).

Die Beklagte wies den Kläger bereits mit Schreiben vom 28. November 2017 auf eine teilweise Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit hin (Urk.

10/11). Diese Ausführungen wiederholte

sie im Schreiben vom 22. August 2018 (Urk. 10/26). Sie machte den Kläger somit bereits vor der Leistungseinstellung unter Bezugnahme auf das B.____-Gutachten (E. 4.3) und den Vorbescheid der Invalidenversicherung (Urk. 10/25) auf die Pflicht zur Schadenminderung aufmerksam. Ab vorliegendem B.____-Gutachten durfte der Kläger denn auch nicht mehr auf anderslautende Einschätzungen seiner Arbeitsfähigkeit durch die behandelnden Ärzte vertrauen. Im Rahmen der Schadenminderungspflicht wäre es aufgrund des Schreibens der Beklagten vom

22. August 2018 geboten gewesen, die berufliche Umorientierung umgehend anzugehen.

Der Beklagten war eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab 3. April 2017 gemeldet worden (Urk. 10/4), womit diese im Zeitpunkt der Ankündigung der Leistungseinstellung im August 2018 bereits lange andauerte.

Die Einräumung der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vorgesehenen Übergangsfrist für den Berufswechsel wäre jedoch im vorliegenden Fall nicht entbehrlich gewesen: Der Kläger hatte nach 37 Jahren krankheitsbedingt seine Hilfsarbeiterstelle bei der Y.____ verloren, die Suche nach einer neuen leidensangepassten

Arbeitsstelle war für ihn,

im Alter von 55 Jahren und gesundheitlich angeschlagen, zweifellos ein grosser Schritt.

Ermessensweise wird der Ablauf der Frist, die anzusetzen gewesen wäre, auf

30. November 2018 terminiert. Er hätte damit ab Ende August 2018 nochmals drei Monate Zeit zur Umorientierung gehabt. Die Gewährung einer längeren Frist rechtfertigt sich deshalb nicht, da die Härte für den Beklagten im Wesentlichen nicht der Berufswechsel, sondern die Suche nach einer neuen Arbeitsstelle – unabhängig vom Belastungsprofil –

war. Bei Wiedererlangen einer vollständigen Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit wären jedoch keine Übergangsleistungen geschuldet gewesen. Eine weitergehende Besserstellung alleine aufgrund des eingeschränkten leidensangepassten Belastungsprofils wäre unangemessen. 5.3

Für die Monate Oktober und November 2018 (61 Tage) ist demnach noch ein Krankentaggeld von 60% geschuldet. Bei der unbestrittenen und korrekt berechneten Höhe eines ganzen

Taggelds von Fr. 173.10 (Urk. 1 Rz. 29, Urk. 2/11)

ergibt sich bei einer Arbeitsunfähigkeit von 60% eine Taggeldhöhe von Fr. 103.85, woraus sich bei 61 Tagen ein geschuldeter Betrag von Fr. 6'334.85 errechnet. 5.4

Die Beklagte beruft sich darauf, in

lit. B 10 Ziff. 1 ihrer AVB sei

vorgesehen, dass für die gleiche Periode geleistete Taggelder der Arbeitslosenversicherung von den allenfalls noch zu erbringenden Taggeldern der Krankentaggeldversicherung in Abzug gebracht werden könnten (Urk. 35). Trotz entsprechender Regelung in den AVB kann eine solche Anrechnung nicht erfolgen, da die Taggelder der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 28 Abs. 2 AVIG

subsidiär zu den Taggeldern der Krankentaggeldversicherung sind (E. 5.2.1) . Im Übrigen wurden für die Zeit von 1. Oktober bis 30. November 2018 ohnehin keine Taggelder der Arbeitslosenversicherung ausgerichtet (Urk. 28/132), weshalb es für eine Verrechnung vorliegend an der zeitlichen Kongruenz fehlt. 5.5

Es stellt sich die Frage, ob für die Zeit ab

1. Dezember 2018 weitere Krankentaggelder geschuldet sind. Dazu muss der Restschaden, das heisst der prozentuale Einkommensausfall nach Schadenminderung, ermittelt werden (BGE 114 V 281 E. 3c, BGE 4A_495/2016 vom 5. Januar 2017). Zu vergleichen ist der versicherte Lohn von Fr. 78'976.-- mit dem in angepasster Hilfstätigkeit erzielbaren Einkommen. Für die Ermittlung des noch erzielbaren Einkommens

darf

grundsätzlich, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände, auf die vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) abgestellt werden (BGE 4A_495/2016 vom 5. Januar 2017 E. 2.4). Vorliegend ist der Lohn für Hilfsarbeiten massgebend. Gemäss LSE 2016 Tabelle TA1_tirage_skill_level ist von Fr. 5'340.-- und damit - unter Berücksichtigung der Nominallohnentwicklung für Männer von 0.4% im Jahr 2017 und 0.5% im Jahr 2018 (T1.10, Nominallohnindex 2011-2018) und einer betriebsüblichen Arbeitszeit von 41.7 Stunden pro Woche –

als Basis von einem Jahreseinkommen von Fr. 67'406.-- (Fr. 5'340.-- : 40 x 41.7 x 12 x 1.004 x

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