

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2019.00050 vom 27. Mai 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2019.00050](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2019.00050)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2019.00050 du 27 mai 2021

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2019.00050 del 27 maggio 2021

## Erwägungen

### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1970, französischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Frankreich (Urk. 6/1), war ab dem 1. Februar 2011 als Grenzgänger bei der Y.\_\_\_\_ AG in einem 100%-Pensum als Verpackungsmitarbeiter angestellt (Urk. 6/1, 6/4/2). Aufgrund dieser Anstellung unterstand er der kollektiven Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), welche die Arbeitgeberin mit der SWICA Krankenversicherung AG (nachfolgend: SWICA) abgeschlossen hatte (Urk. 6/48 [Allgemeine Versicherungsbedingungen; AVB], Urk. 6/49). Vereinbart war bei einer Leistungsdauer von 730 Tagen innert 900 Tagen ein Krankentaggeld von 100 % des versicherten Lohns vom 1. bis 360. Tag jedes Leistungsfalls und danach von 80 %; eine Wartezeit war nicht vereinbart (Urk. 6/49/2).

Mit Krankheitsmeldung vom 18. Dezember 2018 orientierte die Arbeitgeberin die SWICA über die krankheitsbedingte Arbeitsniederlegung des Versicherten ab dem 5. Dezember 2018 (Urk. 6/1). Dr. med. Z.\_\_\_\_ bescheinigte ab diesem Zeitpunkt eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 6/11). Die SWICA erbrachte ab dem 5. Dezember 2018 Taggeldleistungen (Urk. 6/37/3). Im weiteren Verlauf liess sie den Versicherten durch Dr. med. A.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, untersuchen. Gestützt auf dessen Beurteilung vom 31. Januar 2019 (Urk. 6/13/3-5) teilte sie dem Versicherten mit Schreiben vom 7. Februar 2019 mit, dass per sofort eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit bestehe und die Taggeldleistungen spätestens per 17. Februar 2019 eingestellt würden (Urk. 6/17). Nachdem der Versicherte seine Erwerbstätigkeit zwischenzeitlich am 18. Februar 2019 wieder aufgenommen hatte (vgl. Urk. 6/20), attestierte Dr. Z.\_\_\_\_ ab dem 27. März 2019 erneut eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 6/21/5-6). Bis zum 7. April 2019 wurden dem Versicherten wiederum Taggelder ausbezahlt (Urk. 6/37/3). Die Y.\_\_\_\_ AG ging gemäss ihrem Schreiben vom 13. Mai 2019 von einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 26. April 2019 aus, nachdem der Versicherte tags zuvor letztmals zur Arbeit erschienen war (vgl. Urk. 6/36/1, 6/45/3).

Nach Eingang weiterer medizinischer Unterlagen (Urk. 6/21) eröffnete die SWICA dem Versicherten mit Schreiben vom 6. Mai 2019, dass sich damit keine Verschlechterung seit der Begutachtung vom 7. Februar 2019 begründen lasse und am Entscheid gemäss Schreiben vom 13. (gemeint wohl 7.) Februar 2019 festgehalten werde (Urk. 6/23). Der durch das Comité de Protection des Travailleurs

Frontaliers

Européens vertretene Versicherte reichte daraufhin weitere ärztliche Atteste und Berichte ein (Urk. 6/29/5, 6/30/3 f., 6/32/5, 6/33/4-10., 6/34/4, 6/35/4 und 6/38/4). Mit E-Mail vom 4. September 2019 teilte ihm die SWICA mit, dass kein Leistungsanspruch mehr bestehe, da er seit dem 26. April 2019 nicht mehr bei der Y. \_\_\_ AG angestellt und folglich auch nicht mehr über diese kranken-taggeld-versichert sei (Urk. 6/41/1). In der Folge erhob der Versicherte am 10. September 2019 beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt Klage (Urk. 6/44/2-17), auf welche dieses jedoch mit Urteil ZV.2019.15 vom 25. November 2019 mangels örtlicher Zuständigkeit nicht eintrat (Urk. 6/51/2-5).

### **E. 1.1**

Zu beurteilen ist der Anspruch auf Taggeldleistungen aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG). Ansprüche aus der Zusatzversicherung unterstehen nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes über die Aufsicht über die Krankenkassen (KVAG) dem VVG. Art. 87 VVG gewährt demjenigen, zu dessen Gunsten die kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2c; Peter Stein, Basler Kommentar VVG, Basel 2001, Art. 87 VVG N 15; Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/2, Basel 1979, S. 729). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)

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

### **E. 1.2**

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

Aufgrund des unstrittig in Frankreich gelegenen Wohnsitzes des Klägers ist auch das Vorliegen eines internationalen Verhältnisses in Betracht zu ziehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_36/2016 vom 14. April 2016 E. 3.1, BGE 135 III 185). Von Amtes wegen zu prüfen ist dabei lediglich, ob Tatsachen bestehen, die gegen die örtliche Zuständigkeit sprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3). Solche werden aber weder geltend gemacht noch sind sie ersichtlich, insbesondere auch keine in zwingender Gerichtsstand, auf welchen der beklagte Versicherer vorliegend nicht durch vorbehaltlose Einlassung auf das Verfahren hätte verzichten können.

### **E. 1.3**

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 Gericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6). Das Gericht darf einer Partei

nicht mehr und nichts Anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 ZPO). Es bildet seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO).

#### **E. 1.4**

Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.1 und 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

#### **E. 1.5**

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

#### **E. 2**

Am 2. Dezember 2019 erhob X. \_\_\_ beim hiesigen Sozialversicherungsgericht Klage gegen die SWICA mit dem Rechtsbegehren, diese sei zu verpflichten, ihm Krankentaggelder seit dem 26. April 2019 bis heute aus zu richten (Urk. 1). Mit Klageantwort vom 20. Januar 2020 beantragte die SWICA die Abweisung der Klage (Urk. 5 S. 2). Mit Verfügung vom 25. Februar 2020 wurde den Parteien Frist angesetzt, um mitzuteilen, ob eine Hauptverhandlung gewünscht werde (Urk. 8). Mit Eingabe vom 28. Februar 2020 teilte die Beklagte mit, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (Urk. 9). Der Kläger äusserte sich mit Eingabe vom 10. März 2020 ebenfalls in diesem Sinne. Zudem hielt er unter Beilage von Lohnabrechnungen (Urk. 12/4-5) sowie eines ärztlichen Attests des Psychiaters Dr. med. B. \_\_\_ vom 10. März 2020 (Urk. 12/6) fest, dass sich seine Forderung gegenüber der Beklagten seit dem 1. Mai 2019 auf insgesamt Fr. 37'285.60 belaufe (Urk. 11). Mit Verfügung vom 20. März 2020 ordnete das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel an (Urk. 13), worauf sich der Kläger nicht mehr vernehmen liess. Dies

wurde den Parteien mit Verfügung vom 15. Juni 2020 zur Kenntnis gebracht (Urk. 15). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

In seiner Klageschrift vom 2. Dezember 2019 führte der Kläger aus, bei der Y.\_\_\_\_ AG angestellt gewesen zu sein, wobei das Arbeitsverhältnis wegen Krankheit per 26. April 2019 gekündigt worden sei. Seither sei er «auf jeden Fall» aus psychischen Gründen krankgeschrieben; eine Arbeitsaufnahme sei für die Zukunft noch nicht vorgesehen. Von der Beklagten habe er jedoch keine Krankentaggelder erhalten. Er beantrage die Ausrichtung des Krankentaggeldes ab dem 26. April 2019 bis zum heutigen Tag (Urk. 1).

### **E. 2.2**

Demgegenüber vertrat die Beklagte in ihrer Klageantwort vom 20. Januar 2020 im Wesentlichen die Ansicht, Dr. Wind sei in seiner Expertise vom 31. Januar 2019 zum Schluss gekommen, dass der Kläger in seiner aktuellen Tätigkeit als Verpacker zu 100 % arbeitsfähig sei, wobei befürchtet werden müsse, dass die bereits im Untersuchungszeitpunkt deutlich sichtbaren degenerativen Veränderungen mittelfristig immer wieder zu schmerzbedingten längeren Arbeitsausfällen führen würden. In einer anderen Tätigkeit bestehe eine volle Arbeitsfähigkeit. Die Arztzeugnisse von Dr. Messerlin vermöchten soweit überhaupt leserlich ab dem 26. April 2019 nicht den Beweis für eine Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit erbringen, sondern bezögen sich lediglich auf die angestammte Tätigkeit des Klägers, welche jedoch am 26. April 2019 geendet habe. Aufgrund der Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit hätte sich der Kläger gemäss Art. 23 AVB bei der Arbeitslosenversicherung anmelden müssen (Urk. 5 S. 5 f.). Der Versicherungsschutz sei gemäss Art. 11 Ziff. 3a AVB mit dem Austritt aus dem versicherten Betrieb erloschen. Laut Art. 16 Ziff. 5 AVB bezahle die Beklagte nach Erlöschen des Versicherungsschutzes das Taggeld für Krankheiten, die während der Versicherungsdauer eingetreten seien, bis die versicherte Person wieder mindestens 75 % arbeits- oder erwerbsfähig sei und maximal bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer. Somit seien Rückfälle und neu auftretende Krankheiten nach Austritt aus dem Betrieb nicht versichert. Die ab dem 2. Juli 2019 vorhandenen psychischen Beschwerden seien als neue Krankheit zu werten, die nach Ablauf der Versicherungsdeckung aufgetreten und bestätigt worden sei. Dieses Krankheitsbild sei demnach nicht mehr bei der Beklagten versichert (Urk. 5 S. 7). Vor diesem Hintergrund sei die Klage abzuweisen (Urk. 5 S. 2 und S. 8).

### **E. 2.3**

Mit Stellungnahme vom 10. März 2020 hielt der Kläger unter Beilage eines Arztzeugnisses von Dr. B.\_\_\_\_ vom 10. März 2020 (Urk. 12/6) fest, seit dem 1. Mai 2019 vollständig arbeitsunfähig zu sein und keine Krankentaggelder mehr erhalten zu haben. Er beantrage immer noch die Ausrichtung des Krankentaggeldes seit diesem Datum. Seine Forderung belaufe sich mittlerweile auf insgesamt Fr. 37'285.60 (11 \* Fr. 4'237.-- \* 0.8; Urk. 11).

### **E. 3**

Vorab ist festzuhalten, dass der Kläger mit seiner Stellungnahme vom 10. März 2020 (Urk. 11) eine Beschränkung der Klage vorgenommen hat, indem er nicht mehr ab dem 26. April 2019, sondern erst ab dem 1. Mai 2019 die Ausrichtung von Krankentaggeldern forderte. In Anbetracht dessen, dass eine Beschränkung der Klage jederzeit zulässig ist (Art. 227 Abs. 3 ZPO) und das Gericht einer Partei nicht mehr zusprechen darf, als diese verlangt (vgl.

vorstehende E. 1.3), ist somit strittig und zu prüfen, ob der Kläger aufgrund des zwischen der Y.\_\_\_\_ AG und der Beklagten geschlossenen Versicherungsvertrages ab dem 1. Mai 2019 Anspruch auf Krankentaggeldleistungen hat.

#### **E. 4**

Unbestrittenermassen wurde das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Y.\_\_\_\_ AG per 26. April 2019 aufgelöst (Urk. 1, Urk. 5 S. 5), nachdem der Kläger tags zuvor letztmals zur Arbeit erschienen war (vgl. Urk. 6/36/1, 6/45/3). Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger rechtliche Schritte gegen die (fristlose) Auflösung des Arbeitsverhältnisses eingeleitet hätte, liegen nicht vor. Dies wird von seiner Seite auch nicht behauptet. Der Beklagten ist daher beizupflichten, dass der Versicherungsschutz mit dem Austritt aus dem versicherten Betrieb am 26. April 2019 erloschen ist (Art. 11 Ziff. 3a AVB; Urk. 6/48/7). Ein Übertritt beziehungsweise ein Anspruch auf Übertritt in die Einzelversicherung wird vom Kläger ebenfalls nicht geltend gemacht.

#### **E. 5.1**

Zu prüfen ist in einem nächsten Schritt, ob der Kläger über einen Anspruch auf Nachleistungen trotz erloschenem Versicherungsschutz verfügt. Gemäss Art. 16 Ziff. 5 AVB (Urk. 6/48/8) bezahlt die Beklagte das Taggeld für Krankheiten, die während der Vertragsdauer eingetreten sind, bis die versicherte Person wieder mindestens 75 % arbeits- oder erwerbsfähig ist und maximal bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer. Art. 23 Ziff. 2 AVB (Urk. 6/48/9) sieht vor, dass die in ihrem angestammten Beruf arbeitsunfähige versicherte Person gehalten ist, innert drei Monaten Arbeit in einem anderen Erwerbszweig zu suchen und sich bei der Invaliden- und Arbeitslosenversicherung anzumelden, sofern sie nicht innerhalb des Betriebs eingegliedert werden kann. Im Folgenden ist auf den Gesichtspunkt der Arbeitsfähigkeit im angestammten und angepassten Tätigkeitsbereich näher einzugehen.

#### **E. 5.2**

Soweit sich der Kläger auf den Standpunkt stellt, aus psychischen Gründen arbeitsunfähig zu sein und aufgrund dieses Umstands Anspruch auf Kranken taggelder zu haben (vgl. Urk. 1, Urk. 11), kann ihm nicht beige pflichtet werden. Die Beklagte wendet in diesem Kontext nämlich zu Recht ein, dass die psychische Erkrankung erst nach Ablauf des Versicherungsschutzes aufgetreten ist (Urk. 5 S. 7). So wurde dem Kläger vom behandelnden Psychiater Dr. B.\_\_\_\_ erst ab dem 2. Juli 2019 eine Arbeitsunfähigkeit attestiert (Urk. 2/7-9, 6/36/5 und 6/3 8/4). Es handelt sich somit um ein neues Krankheitsbild, weshalb die damit einher gehende Arbeitsunfähigkeit infolge vorgängigen Erlöschens des Versicherungs schutzes keinen Taggeldanspruch zu begründen vermag.

#### **E. 5.3.1**

Der Kläger erhebt allerdings zumindest sinngemäss auch gestützt auf die von somatischer Seite her bescheinigte Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Taggelder, wobei er in diesem Zusammenhang insbesondere auf Berichte und Atteste seiner behandelnden Ärztin Dr. Messerlin verweist (Urk. 2/1-3, 2/5-6). Dieser Betrachtungsweise hält die Beklagte das fachärztliche Gutachten von Dr. Wind entgegen, welchem erhöhte Beweiskraft zukomme. Ausserdem würden die Berichte von Dr. Messerlin nicht den Beweis dafür erbringen, dass nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit bestanden habe (Urk. 5 S. 5 f.).

### **E. 5.3.2**

Als der Kläger noch bei der Y.\_\_\_\_ AG angestellt war, attestierte ihm Dr. Messerlin von Dezember 2018 bis April 2019 wiederholt für mehrere Tage respektive Wochen eine Arbeitsunfähigkeit (Urk. 6/11, 6/36/11-14). Nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 26. April 2019 bescheinigte sie eine solche durchgehend bis zum 5. Juli 2019 (Urk. 6/26/5, 6/32/5 und 6/36/5-10). Aus ihrem handgeschriebenen und in französischer Sprache verfassten Bericht vom 3. Mai 2019 geht

soweit leserlich im Wesentlichen hervor, dass die Arbeitsunfähigkeit mit den Rückenproblemen des Klägers in Zusammenhang stehe. Das Heben einer Last mit einem Gewicht von über zehn Kilogramm habe zu Rückenschmerzen und zur Arbeitsunfähigkeit geführt (Urk. 6/26/3). Zuvor hatte sich Dr. Messerlin mit Bericht vom 3. April 2019 dahingehend geäußert, dass dem Kläger die Wiederaufnahme der Arbeit möglich sei, wobei das Heben von Gewichten bis maximal zehn Kilogramm zumutbar sei. Zu vermeiden seien schnelle, repetitive Rotationsbewegungen (Urk. 6/21/3).

### **E. 5.3.3**

Dem von der Beklagten eingeholten Gutachten von Dr. Wind vom 31. Januar 2019 sind folgende Diagnosen zu entnehmen (Urk. 6/13/4; vgl. auch Urk. 6/33/10 [MRI vom 16. Januar 2019]): - ausgeprägte degenerative Veränderungen mit Multitagen-Facettengelenksarthrosen und Osteochondrosen L3/L4, L4/L5 sowie L5/S1 mit deutlicher Diskusprotrusion L4/L5 und möglicher Wurzelreizung L5 links - Spondylolisthesis L5/S1 Meyerding Grad 1 sowie relative Retrolisthesis L4/L5.

Zur Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit als Verpackungsmitarbeiter hielt Dr. Wind fest, dass der Kläger aktuell zu 100 % arbeitsfähig sei. Allerdings müsse befürchtet werden, dass die bereits jetzt deutlich sichtbaren degenerativen Veränderungen mittelfristig immer wieder zu schmerzbedingten längeren Arbeitsausfällen führen würden. Ein Arbeitsplatzwechsel beziehungsweise eine Umschulung auf eine wechselbelastende Tätigkeit seien daher aus seiner Sicht klar zu überlegen. Zu vermeiden seien repetitive Rotationsbewegungen sowie das Heben von Gewichten über zehn Kilogramm. Für derart angepasste Tätigkeiten bestehe eine 100%ige Arbeitsfähigkeit. Ein weiterer operativer Eingriff sei ansonsten aufgrund der degenerativen Veränderungen mittel- bis langfristig wahrscheinlich (Urk. 6/13/4 f.).

### **E. 5.3.4**

Bei dieser medizinischen Ausgangslage ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Kläger (spätestens) ab dem Zeitpunkt der fachärztlichen Untersuchung durch Dr. Wind aus rein somatischer Sicht für leidensadaptierte Tätigkeiten zu 100 % arbeitsfähig war. Der Beklagten ist beizupflichten, dass den Berichten von Dr. Messerlin nichts Gegenteiliges entnommen werden kann. Beide Ärzte gehen überdies vom selben Belastungsprofil für eine leidensadaptierte Tätigkeit aus.

In Bezug auf die angestammte Tätigkeit als Verpackungsmitarbeiter äusserte sich Dr. Wind am 31. Januar 2019 zwar dahingehend, dass der Kläger «aktuell» zu 100 % arbeitsfähig sei. Gleichzeitig relativierte er diese Einschätzung jedoch in erheblichem Masse, indem er sich klar für einen Arbeitsplatzwechsel aussprach und auf mittlere Frist angesichts der deutlich sichtbaren degenerativen Veränderungen wiederholte schmerzbedingte Ausfälle prognostizierte. Dieses Risiko hat sich denn auch bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses mehrfach verwirklicht, wobei die Beklagte jeweils Taggelderleistungen

erbrachte, nämlich vom 29. Januar bis 17. Februar 2019 und dann wieder vom 27. März bis 7. April 2019 (vgl. Urk. 6/36/11-13, 6/37/3). Im Übrigen gilt es festzuhalten, dass von ärztlicher Seite übereinstimmend nur noch das Tragen von Lasten bis höchstens zehn Kilogramm für zumutbar erachtet wurde. Die angestammte Tätigkeit ging jedoch mit stundenlangem Hantieren von Lasten zwischen 25-30 Kilogramm einher (vgl. Urk. 6/13/3). Faktisch ist unter Berücksichtigung all dieser Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit spätestens seit der Begutachtung durch Dr. Wind dauerhaft eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit für die angestammte Tätigkeit als Verpackungsmitarbeiter ausgewiesen.

#### **E. 5.4**

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass der Kläger aufgrund seiner Rückenbeschwerden spätestens seit dem 31. Januar 2019 in der angestammten Tätigkeit als Verpackungsmitarbeiter arbeitsunfähig war. Demgegenüber bestand für leidensadaptierte Tätigkeiten stets eine 100%ige Arbeitsfähigkeit. Mit Blick auf die Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik (LSE 2016, TA1\_tirage\_skill\_level, Monatlicher Bruttolohn [Zentralwert] nach Wirtschaftszweigen, Kompetenzniveau und Geschlecht, Privater Sektor, Total, Kompetenzniveau 1, Männer) hätte er in einer angepassten Hilfstätigkeit mehr verdienen können, als bisher bei der Y.\_\_\_\_ AG (vgl. Urk. 6/37/3, Urk. 11 S. 1). Mit anderen Worten überstieg das hypothetische Invalideneinkommen das hypothetische Valideneinkommen, weshalb keine mindestens 25%ige Erwerbsunfähigkeit vorlag.

Grundsätzlich entfiel damit ein Anspruch auf Taggelder im Rahmen der Nachdeckung in Anwendung von Art. 16 Ziff. 5 AVB (vgl. vorstehende E. 5.1). Soweit ersichtlich hat die Beklagte den Kläger während der Dauer des Arbeitsverhältnisses jedoch nicht zum Berufswechsel aufgefordert und dementsprechend auch keine Übergangsfrist eingeräumt. Folglich war der Kläger in Anbetracht der geltenden Schadenminderungspflicht erst nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 26. April 2019 gehalten, innert der in Art. 23 Ziff. 2 AVB vorgesehenen und im konkreten Fall als angemessen einzustufenden dreimonatigen Frist Arbeit in einem anderen Erwerbszweig zu suchen. 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). Daran vermag auch der Einwand der Beklagten nichts zu ändern, wonach sich der Kläger bei der Arbeitslosenversicherung hätte anmelden müssen (Urk. 5 S. 6). Denn zum einen werden private Krankentaggelder gemäss Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) von der Arbeitslosenentschädigung abgezogen und nicht umgekehrt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_73/2019 vom 29. Juli 2019 E. 3.3.4 mit Hinweisen) und zum anderen haben im Ausland wohnende Grenzgänger (mit Drittstaatsangehörigkeit) ohnehin keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weil in den entsprechenden zwischenstaatlichen Abkommen der Grundsatz gilt, wonach bei Ganzarbeitslosigkeit die Rechtsvorschriften des Wohnsitzstaates für das Leistungsrecht Anwendung finden (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Rz. 188 S. 232 1 mit Hinweisen).

Die den Taggeldanspruch begründende Arbeitsunfähigkeit endete folglich in dem Zeitpunkt, in welchem vom Kläger die Aufnahme einer angepassten Tätigkeit erwartet

werden konnte. Konkret war dies am 26. Juli 2019 der Fall, mithin drei Monate nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Dem Kläger stehen somit ab dem 1. Mai 2019 (vgl. vorstehende E. 3) bis zum 26. Juli 2019 insgesamt 87 Taggelder zu. Bei einem Taggeldansatz von Fr. 151.55 (vgl. Urk. 6/37/3) hat ihm die Beklagte folglich den Betrag von Fr. 13'184.85 zu bezahlen. Insofern ist die Klage teilweise gutzuheissen.

#### **E. 6.1**

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

#### **E. 6.2**

Der teilweise obsiegende Kläger hat mangels eines entsprechenden Antrags keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die ebenfalls teilweise obsiegende Beklagte ist nicht durch einen externen Anwalt vertreten. Ihr ist somit praxisgemäss mangels eines besonderen Aufwandes (vgl. BGE 110 V 72 E. 7) auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2). Das Gericht erkennt:

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