

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00011**

## **vom 4. März 2021**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-03-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2020.00011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2020.00011)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00011 du 4 mars 2021

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00011 del 4 marzo 2021

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Zu beurteilen ist der Anspruch auf Taggelderleistungen 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 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (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.). Der Kläger hat seinen Wohnsitz im Kanton Zürich; damit ist die örtliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich gegeben.

#### **E. 1.3**

Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das 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 Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte

ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechts hindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der Rechtsprechung müssen im Privatrechtsversicherungsrecht 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.

### **E. 2**

Der Kläger führte zur Begründung seiner Klage aus, gemäss den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) müsse die Beklagte bei ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit die vertraglich vereinbarten Taggelder leisten. Es lägen Arztatteste vor, die eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. Juli 2018 bis zum 8. Mai 2019 bescheinigten. Ärztliche Beurteilungen, die diese Arbeitsunfähigkeit

begründet in Zweifel zögen, lägen nicht vor (Urk. 1 S. 8 Rz

11-13).

Die Beklagte vertritt demgegenüber weiterhin den Standpunkt, dass von einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von

Art. 40 VVG auszugehen sei, was sie zum Rücktritt vom Vertrag berechtige (Urk. 10 S. 8 ff., Urk. 20 S. 2 ff.). Die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs wird vom Kläger bestritten (Urk. 1 S. 8 Rz 13, Urk. 14 S.

### **E. 5**

ff.).

#### **3. 3.1 3.1.1**

Artikel 40 VVG regelt die Folgen bei betrügerischem Begründen des Versicherungsanspruchs. Danach ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden, wenn der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat oder wenn er die ihm nach Massgabe des Art. 39 dieses Gesetzes obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat.

#### **3.1.2**

Die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG setzt beim Versicherten eine objektive und subjektive Täuschungsabsicht voraus. In objektiver Hinsicht ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn der Versicherte Tatsachen verschweigt oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern können. Dabei ist nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, den Bestand oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste dem

Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten. Unter Art. 40 VVG fällt beispielsweise das Ausnützen eines Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren Schadens. Dazu gehört namentlich die Aggravation von gesundheitlichen Störungen. In subjektiver Hinsicht ist eine Täuschungsabsicht des Versicherten erforderlich, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Täuschungs absicht ist auch schon gegeben, wenn der Anspruchsteller um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (Urteil des Bundesgerichts 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2 mit weiteren Hinweisen).

Trotz ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit steht es dem Versicherer frei zu beweisen, dass eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs vorliegt. Dass die Krankentaggeldleistungen nicht unmittelbar gestützt auf die Aussagen des Klägers , sondern auf der Grundlage von ärztlichen Arbeitsunfähig keitsbescheinigungen ausgerichtet wurden, vermag diesen nicht zu entlasten. Dass gemäss den anwendbaren Versicherungsbedingungen ein Anspruch auf Taggeldleistungen bei ärztlich bescheinigter Arbeitsunfähigkeit besteht (vgl. Art. C7 Abs. 1 f. u. Art. E6 Abs. 1 f. AVB ; Urk. 11/20 S. 9 u. S. 14 ) , ändert nichts daran. Eine solche Bestimmung schliesst die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG bei einer betrügerischen Begründung des V ersicherungsanspruchs nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.3 mit Hinweisen).

Für die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG reicht es hingegen praxisgemäss nicht, dass die v ersicherte Person bloss Vorbereitungshandlungen für die spätere Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit trifft und diese Vorbereitungshandlun gen nicht mitteilt. Vielmehr müsste sie während der Leistungsdauer der Kranken taggel dversicherung tatsächlich eine ( neue) Erwerbstätigkeit aufgenommen haben und dieser nachgehen, wenn auch nur teilweise. Nur dies berechtigt die Krankentaggeldversicherung, vom Vertrag zurückzutreten und das Geleistete zurückverlangen. So mit ist es für die Annahme des Betrugstatbestands von ent scheidender Bedeutung, ob die ve rsicherte Person tatsächlich wieder arbeitet . N ur wenn dies bejaht werden kann, kann ihr vorgeworfen werden, absichtlich oder zumindest eventualvorsätzlich Tatsachen verschwiegen zu haben, welche bei der Krankentaggeldversicherung zu einem Irrtum über die Leistungspflicht und zu einem Vermögensschaden durch Zahlung von (nicht geschuldeten) Taggeldleistungen geführt haben ( Urteil des Bundesgerichts 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 4.3). 3.2

Den Nachweis für die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs erachtet die Beklagte aufgrund der Ergebnisse der von ihr veranlassten Observa tion des Klägers zwischen dem 20. und dem 23. August 2018 (vgl. Urk. 11/11) als erbracht . Konkret macht sie geltend, i hr gegenüber habe er zuletzt am 27. August 2018 angegeben, sein Geschäft sei geschlossen und würde lediglich zweimal pro Woche von seinem Neffen oder seiner Ehefrau betreut. Die beruflich bedingt notwendigen Verrichtungen seien ihm aktuell nicht möglich. Mit dem linken Arm könne er keine Gegenstände heben oder den Ellbogen strecken. Er selber sei nur im Geschäft gewesen, um die Kunden auf die geänderten Öffnungszeiten hinzuweisen. Im Widerspruch zu diesen Angaben habe die Observation ergeben, dass er regelmässig in seiner Werkstatt anwesend gewesen sei und dort gearbeitet habe. Daraus sei zu schliessen, dass er gegenüber der Versicherung bewusst falsche Angaben über sein Leistungsvermögen und sein Alltagsverhalten gemacht habe. Auch seinen behandelnden Arzt,

Dr. Z.\_\_\_\_, habe er offensichtlich nicht über seine tatsächliche Anwesenheit im Geschäft informiert. Es sei davon auszugehen, dass Dr. Z.\_\_\_\_ im Wissen um das Verhalten des Klägers eine andere Beurteilung zur Arbeitsfähigkeit abgegeben hätte. Es könne daher auch offen bleiben, weswegen der Arzt

Ende August 2018 die Arbeitsunfähigkeit ab Juli 2018 rückwirkend um 25 % reduziert habe, nachdem er rechtzeitig, das heisst im Juli 2018, noch eine vollumfängliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit festgestellt gehabt habe (Urk.

### **E. 5.1**

Der Kläger fordert Taggelder ab dem 1. Juli 2018 bis und mit dem 8. Mai 2019 wie folgt: Fr. 13'611.40 ab dem 1. Juli bis und mit dem 30. September 2018 (92 Tage à Fr. 147.95), Fr. 14'099.80 ab dem 1. Oktober 2018 bis und mit dem 20. Februar 2019 (143 Tage à Fr. 98.60), Fr. 2'761.50 ab dem 21. Februar bis und mit dem 6. März 2019 (14 Tage à Fr. 197.25), Fr. 4'574.75 ab dem 7. März bis und mit dem 3. April 2019 (29 Tage à Fr. 157.75) und Fr. 3'451.-- ab dem 4. April bis und mit dem 8. Mai 2019 (35 Tage à Fr. 98.60), das heisst total Fr. 38'498.45 (Urk. 1 S. 8 f. Rz 14-19).

### **E. 5.2**

Gemäss den Versicherungsbedingungen wird sowohl bei Unfall als auch bei Krankheit das Taggeld entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit bemessen. Bei einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit wird ein volles Taggeld ausgerichtet und bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe des Taggeldes nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit (Art. C7

Abs. 1 f. u. Art. E6 Abs. 1 f. AVB; Urk. 11/20 S. 9 u. 14). Das volle Taggeld beträgt gemäss Abrechnungen vom 7. Mai und 20. Juni 2018 Fr. 197.25 (Urk. 2/10-11). Für eine teilweise Arbeitsunfähigkeit ist das Taggeld entsprechend anzupassen.

### **E. 5.3**

Den Attesten von Dr. Z.\_\_\_\_ entsprechend bestand ab dem 1. Juli bis und mit dem 30. September 2018 eine Arbeitsunfähigkeit von 75 % (Urk. 2/17), ab dem 1. Oktober 2018 bis und mit dem 20. Februar 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % (Urk. 2/18-21), ab dem 21. Februar bis und mit dem 6. März 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % (Urk. 2/22), ab dem 7. März bis und mit dem 3. April 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % (Urk. 2/22) und ab dem 4. April bis zum 8. Mai 2019 wiederum eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % (Urk. 2/23). Die Taggeldaufstellung des Klägers trägt den Abstufungen korrekt Rechnung. Ausgehend vom vollen Taggeld von Fr. 197.25 beträgt dieses bei einer Arbeitsunfähigkeit von 80 %

Fr. 157.80 (Fr. 197.25 x 0,8) bei einer Arbeitsunfähigkeit von 75 %

Fr. 147.95 (Fr. 197.25 x 0,75) und bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 %

Fr. 98.60 (Fr. 197.25 x 0,5). Zwischen dem 1. Juli und dem 30. September 2018 lagen 92 Tage (Anfangs- und Enddatum mitgezählt). Dies ergibt ausgehend von einer Arbeitsunfähigkeit von 75 %

einen Taggeldanspruch von Fr. 13'611.40 (92 Tage à

Fr. 147.95). Auf die Zeit ab 1. Oktober 2018 bis zum 20. Februar 2019 entfallen 143 Tage, was bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % einen Taggeldanspruch von Fr. 14'099.80

ergibt (143 Tage à Fr. 98.60). Auf die Zeit ab dem 21. Februar bis zum 6. März 2019 entfallen 14 Tage, was bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % einen Taggeldanspruch von Fr. 2'761.50 ergibt (14 Tage à Fr. 197.25). Auf die Zeit vom 7. März bis zum 3. April 2019 entfallen 28 Tage. Dies führt ausgehend von einer Arbeitsunfähigkeit von 80 % zu einem Taggeldanspruch von Fr. 4'418.40 (28 Tage à Fr. 157.80). Auf die Zeit vom 4. April bis zum 8. Mai 2019 schliesslich entfallen 35 Tage, was bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % einen Taggeldanspruch von Fr. 3'451.-- ergibt (35 Tage à Fr. 98.60). Total ergibt sich ein Taggeldanspruch von Fr. 38'342.10 ( Fr. 13'611.40 + Fr. 14'099.80 + Fr. 2'761.50 + Fr. 4'418.40 + Fr. 3'451.-- ). Diesen Betrag hat die Beklagte dem Kläger zu bezahlen. Dies führt zur Gutheissung der Klage. Die geringfügige Differenz zum Forderungsbetrag von Fr. 38'498.45 ergibt sich aus dem Umstand, dass der Kläger für die Zeit ab dem 7. März bis zum 3. April 2019 von 29 anstatt von 28 Tagen ausgegangen ist und dass das einer Arbeitsunfähigkeit von 80 %

entsprechende Tag geld Fr. 157.80 und nicht Fr. 157.75 beträgt (vgl. Urk. 1 S. 9 Rz 17). Am vollständigen Obsiegen ändert dies nichts.

Das führt gleichzeitig zur Abweisung der Widerklage. 6. 6.1

Der Kläger beantragt eine Verzinsung seiner Forderung mit 5 % ab dem 1. Juli 2018 mit dem Hinweis auf den Grundsatz, dass mit dem Zeitpunkt der definitiven Ablehnung der Leistungspflicht ohne Weiteres der Verzug eintrete. Per 30. Juni 2018 habe die Beklagte die Leistungen eingestellt ( Urk. 1 S. 9 Rz 20). Die Beklagte macht geltend, ein Verzugszins sei erst ab dem 3. September 20

## **E. 10**

f.). 3.4

Nicht von der Hand zu weisen sind gewisse Widersprüche zwischen den Beobachtungen und den Angaben des Klägers zu seinen Bewegungseinschränkungen und Aktivitäten . Insbesondere erwähnte der Kläger nicht, seine Werkstatt aufgesucht zu haben , und er gab an, er könne keine Gegenstände heben oder tragen und den Ellbogen nicht strecken. Allerdings sind

diese rein subjektiven Angaben des Klägers beweisrechtlich nicht entscheidend.

Anlässlich der Besprechung vom 27. August 2018, wie auch zuvor anlässlich zweier Telefonate mit Vertretern der Beklagten vom 17. Juli und vom 20. August 2018 , berichtete der Kläger entweder frei nach seinem Gutdünken oder auf offen gestellte Fragen über Aspekte seines Tagesablaufs und seiner Befindlichkeit im Allgemeinen. Auf bestimmte Tage oder Zeiträume wurde der Kläger nicht angesprochen

( Urk. 11/8, Urk. 11/10, Urk. 11/12 ).

Daher ist es nicht ausgeschlossen , dass der Kläger

einzelne Tage abweichend gestaltete , indem er andere als von ihm erwähnte Örtlichkeiten aufsuchte,

und dass die Befindlichkeit und insbesondere die Beweglichkeit und Belastbarkeit der linken Schulter respektive des linken Arms an gewissen Tagen besser war und es dementsprechend beispielsweise

möglich war, einen kleinen Tisch oder eine Einkaufstasche zu tragen. Ein gesicherter Rückschluss darauf, dass der Kläger zwischen dem 20. und dem 23. August 2018 tatsächlich wie der seine Berufstätigkeit als Schuhmacher ausübte, lässt sich aus den erwähnten Begebenheiten nicht ziehen. Ein einziges Mal, das heisst am 21. August 2018 betrat um 08.23 Uhr eine Frau das Geschäftslokal und verliess es um 08.26 Uhr wieder, wobei sie dabei den Angaben der observierenden Person zufolge einen Damenschuh in der Hand hielt (auf dem Foto ist letzteres nicht zweifelsfrei zu erkennen; Urk. 11/11 S. 16 f.). Möglicherweise handelte es sich um eine Kundin. Ein Beweis für die tatsächliche Wiederaufnahme der Berufstätigkeit ist auch diese Begebenheit nicht. Die mögliche Kundin hielt sich nur für wenige Minuten in der Schuhmacherei auf und es ist nicht bekannt, was sich im Gebäudeinneren ereignet hat. Nicht erkennbar ist insbesondere auch, ob die Frau das Geschäft mit oder ohne den Schuh betreten hat. Möglicherweise hat sie lediglich einen bereits reparierten Schuh abgeholt. Eine eigentliche Reparatur war in der kurzen Zeitspanne wohl kaum zu bewältigen. Zu beachten ist ferner, dass die für die

fragliche Zeit attestierte Teilarbeitsfähigkeit von 25 % (vgl. nachstehende E. 4.3 f.) die Herausgabe

eines Schuhs an eine einzige Kundin ohne Weiteres erlaubte.

Auch die übrigen Begebenheiten, zu denen eindeutige Bilder existieren, lassen keinen Rückschluss auf die tatsächliche Wiederaufnahme der Berufstätigkeit ziehen. Fest steht lediglich, dass sich der Kläger an den vier Tagen vom 20. bis zum 23. August 2018, an denen er auf Veranlassung durch die Beklagte zu gewissen Tageszeiten observiert wurde, unmittelbar vor oder in der Umgebung seines Geschäftsdomizils aufhielt. Die von der Strasse aus ins Gebäudeinnere gemachten Bildaufnahmen (vgl. Urk. 11/11 S. 9, S. 11 f., S. 21 f.) lassen keine Einzelheiten bezüglich der Ereignisse im Gebäudeinneren erkennen. Es ist damit nicht nachgewiesen, dass der Kläger an den betreffenden Tagen in seiner Werkstatt effektiv gearbeitet hat. Woraus die beobachtende Person dies folgern will (vgl. Urk. 11/11 S. 5), wird nicht klar. Ebenso wenig bestätigen die Bilder die Angabe der observierenden Person, der Kläger habe im öffentlichen Raum stets den linken Arm an seinen Körper gepresst, diese Haltung im Geschäftslokal aber weitestgehend nicht mehr eingenommen (Urk. 11/11 S. 6). Eine entsprechende Haltung des Klägers im öffentlichen Raum ist auf keinem der Bilder auch nur ansatzweise erkennbar. Dies stellt die Objektivität des Berichts der observierenden Person auch in Bezug auf die übrigen Vorkommnisse in Frage. Da die Observation nur an wenigen Tagen und während diesen nur zu gewissen Tageszeiten erfolgte (Urk. 11/11 S. 4 ff.), kann im Übrigen auch die Auskunft des Klägers, Kunden würden tageweise von seiner Frau oder seinem Neffen betreut (Urk. 11/8 S. 1, Urk. 11/10 S. 3, Urk. 11/12 S. 3), nicht widerlegt werden. 3.5

Insgesamt ist aufgrund der Observation weder dargetan, dass der Kläger an den Tagen, an denen er überwacht wurde, effektiv gearbeitet hat, noch drängt sich der Schluss auf, dass eine bewusste und damit arglistige Täuschung durch das Verschweigen von Tatsachen stattgefunden hat, was gemäss Art. 40 VVG für einen Rücktritt vom Vertrag vorausgesetzt ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 4.3, 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2). Die Erfüllung dieser Voraussetzungen muss mindestens mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein (Urteil des Bundesgerichts

4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.3 ). Dies ist hier nicht der Fall. Damit erweist sich die Widerklage als unbegründet . Bei dieser Sachlage erübrigt es sich ,

auf den Einwand des Klägers einzugehen , die Observation sei unter den gegebenen Umständen als widerrechtlich einzustufen (vgl. Urk.

#### **E. 14**

S. 9 Rz . 22 ) . 4 . 4 . 1

Der Kläger erachtet einen Taggeldanspruch ab Juli 2018 als ausgewiesen. Er vertritt den Standpunkt, Dr. Z.\_\_\_\_

habe fortlaufend eine Arbeitsunfähigkeit attestiert ( Urk. 1 S. 8 ) . Nach der Lehre beweisen Arztzeugnisse grundsätzlich nur, dass die Erklärung von der ausstellenden Person abgegeben wurde. Aufgrund des Fachwissens der ausstellenden Person sowie der strafrechtlichen Sanktion ( Art. 318 des Strafgesetzbuches; StGB) kann aber von der Richtigkeit eines Arztzeugnisses ausgegangen werden. Der Beweiswert kann indessen durch andere Beweismittel oder Umstände erschüttert werden, wenn beispielsweise der Arzt den Patienten nicht untersucht und ausschliesslich auf dessen Aussagen abgestellt hat oder bei widersprüchlichem Verhalten des Patienten während bescheinigter Arbeitsunfähigkeit. Diesfalls hat der Beweisführer bei unveränderter Beweislast den vollen Beweis für die mit dem Arztzeugnis bescheinigten Tatsachen zu erbringen (Heinrich Andreas Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 177 Rz 9; Annette Dolge , in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 177 Rz 13). 4.2

Dr. Z.\_\_\_\_ attestierte mittels verschiedene r Zeugnisse für die Zeit ab dem 1. Juli 2018 bis und mit dem 8. Mai 2019 eine Arbeitsunfähigkeit respektive eine Teilarbeitsfähigkeit . Ab dem 1. Juli 2018 war es eine Arbeits un fähigkeit von 7 5

%, ab dem 1. Oktober 2018 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % , ab dem 21. Februar bis zum 6. März 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % , ab dem 7. März bis zum 3. April 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % und ab dem 4. April bis zum 8. Mai 2019 wiederum eine Arbeitsunfähigkeit von 50 %

( Urk. 2/17 ff. ) , wobei die Bescheinigung einer Teilarbeitsfähigkeit von 25 % ab dem 1. Juli 2018 gemäss Attest vom 28. August 2018 ( Urk. 11/22) und ebenso mit

Kurzbericht vom 29. August 2018 rückwirkend erfolgte ( Urk. 11/13). Entscheidend ist zunächst ,

welcher Wert dieser retrospektiven Beurteilung beizumessen ist . Mit Schreiben vom 15. November 2018 an den Kläger stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt,

Dr. Z.\_\_\_\_ habe die Bescheinigung abgegeben, nachdem der Kläger zwei Tage zuvor über die erfolgten Abklärungen informiert worden sei, weswegen darauf nicht abgestellt werden könne ( Urk. 11/17). In der Klageantwort vertrat die Beklagte den Standpunkt , es könne offenbleiben, aus welchen Gründen Dr. Z.\_\_\_\_ Ende August 2018 die Arbeitsunfähigkeit rückwirkend per 1. Juli 2017 um 25 % reduziert habe . Dies ändere nichts an dem anlässlich der Observation vom Kläger gezeigten Verhalten. Diese s

gehe über eine Teilarbeitsfähigkeit von 25 % hinaus, woraus zu schliessen sei, dass der Kläger seinen Arzt nicht vollständig über seine Aktivitäten ins Bild gesetzt habe ( Urk. 10 S. 10). 4.3

Die rückwirkende Attestierung der Arbeitsfähigkeit von 25 % ab dem 1. Juli 2018 ist insofern valide, als der Kläger bereits anlässlich des Telefonats mit der Beklagten vom 20. August 2018 (gleichzeitig der erste Tag der Observation; vgl. Urk. 11/11 S. 4) auf eine Konsultation bei Dr. Z.\_\_\_\_

am 28. August 2018 hingewiesen hatte, bei welcher eine mögliche Teilarbeitsfähigkeit zwischen 20 und 30 % Thema sein werde, was wiederum im Rahmen des letzten Arzttermins im Juli 2018 so besprochen worden sei (Urk. 11/10 S. 3). Von der Observation erfuhr der Kläger und auch Dr. Z.\_\_\_\_ im Übrigen erst nach der betreffenden Konsultation. Anlässlich der persönlichen Unterredung des Klägers mit Mitarbeitern der Beklagten vom 27. August 2017 wurde der Kläger mit den Ergebnissen der Observation noch nicht konfrontiert (vgl. Urk. 11/12). Nach Lage der Akten erfuhr der Kläger erst mit Schreiben der Beklagten vom 5. September 2018 davon (Urk. 11/14). Die rückwirkende Attestierung der Teilarbeitsfähigkeit ab dem 1. Juli 2018 erfolgte somit nicht als Reaktion auf die

Observation. Es ist somit davon auszugehen, dass das Attest mit Rücksicht auf die tatsächlichen gesundheitlichen Verhältnisse erfolgte. 4.4

Zwar

führte

Dr. Z.\_\_\_\_ nicht aus, weswegen er am 18. Juni 2018 und auch noch

am 28. Juli 2018 bis auf Weiteres eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert hatte (Urk. 11/7), am 29. August 2018 jedoch zum Schluss gekommen war, es könne bereits ab dem 1. Juli 2018 von einer Teilarbeitsfähigkeit von 25 %

ausgegangen werden (Urk. 2/13). Nachvollziehbar ist dies aber, da

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

bereits anlässlich der Kontrollen vom 28. Juni und vom 18. Juli 2018 eine erfreuliche Entwicklung feststellen konnte. Zu derjenigen vom 28. Juni 2018 hatte er insbesondere festgehalten, die Narbe über der linken Schulter sei reizlos gewesen und unterhalb der Brusthöhe habe eine gute passive Beweglichkeit bestanden. Die Flexion des linken Arms sei bis 90° möglich gewesen, die Abduktion bis 80°, die Aussenrotation bis -20° und die Innenrotation bis zum Gesäss. Am 18. Juli 2018 vermerkte Dr. Z.\_\_\_\_, aktiv sei eine Flexion bis 60° und passiv bis 90° möglich gewesen, die aktive Abduktion bis 50° und die passive bis 70°, die Aussenrotation bis -30° und die Innenrotation wiederum bis zum Gesäss. Die Beweglichkeit habe zugenommen (Urk. 11/7). Entsprechend zeigte der Kläger anlässlich der Observation eine gewisse Einsatzfähigkeit seiner linken Schulter, wobei diese gut einen Monat nach der Kontrolle vom 28. Juli 2018 durch Dr. Z.\_\_\_\_ stattfand. Angesichts des weiterhin komplikationslosen Verlaufs, wofür die attestierte Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 50 % ab dem 1. Oktober 2018 spricht (Urk. 2/18), ist das jedenfalls kurzzeitige Anheben des unbelasteten gebeugten linken Arms bis auf Schulterhöhe anlässlich der Observation vom 20. August 2018 (Urk. 11/11 S. 10 f.) nicht als aussergewöhnlich zu bewerten und spricht nicht gegen eine höhergradige Beeinträchtigung

in der Tätigkeit als Schuhmacher, da diese eine uneingeschränkte Beweglichkeit der Schulter insbesondere unter Belastung voraussetzt. Aus der erwähnten Beobachtung lässt sich demnach nichts hinsichtlich der damaligen Beeinträchtigung in beruflicher Hinsicht ableiten. Dies gilt auch für den Umstand, dass der Kläger am 20., 21. und 22. August 2018 dabei beobachtet werden konnte, dass er einen kleinen Holztisch (ca. 100x50x 60 cm; Urk. 11/11 S. 4) und am 22. August 2018 eine Einkaufstasche aus Papier mit unbekanntem Inhalt gehoben respektive getragen hat (Urk. 11/11 S. 7, S. 13, S. 15 u. S. 19 -20). Bereits im Bericht vom 4. Juni 2018 an die Beklagte hatte

Dr. Z. \_\_\_ fest gehalten, in einer Tätigkeit, bei der der Kläger den Arm nicht über 30° anheben müsse, sei eine gewisse Arbeitsfähigkeit gegeben (Urk. 2/8). Das kurzzeitige Heben und Tragen des kleinen Tisches oder der Einkaufstasche mit jeweils nach unten gestrecktem

linken Arm steht der für den damaligen Zeitpunkt attestierten Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit in der Tätigkeit als Schuhmacher nicht entgegen. Insgesamt erweist sich die durch Dr. Z. \_\_\_ für die Zeit ab dem 1. Juli 2018 attestierte Teilarbeitsfähigkeit von 25 % als nachvollziehbar. Dass der Arzt nach Auffassung der Beklagten im Wissen um die Anwesenheit des Klägers in seinem Geschäftslokal zwischen dem 21. und dem 23. August 2018 eine ganz andere Beurteilung der Arbeitsfähigkeit vorgenommen hätte (Urk. 10 S. 13, Urk. 20 S. 6), ist Spekulation. Daraus lässt sich nichts ableiten. 4.5

Für den weiteren Verlauf des hier relevanten Zeitraums bis zum 8. Mai 2019 attestierte Dr. Z. \_\_\_ ab dem 1. Oktober 2018 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % und nur noch zwischenzeitlich, das heisst ab dem 21. Februar bis zum 6. März 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % und ab dem 7. März bis zum 3. April 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % (Urk. 2/17 ff.). Grundsätzlich kommt den Attesten Beweiswert zu, wobei dieser gegebenenfalls durch andere Beweismittel oder Umstände in Frage gestellt werden kann, insbesondere wenn der Arzt den Patienten nicht untersucht und ausschliesslich auf dessen Angaben abgestellt hat oder bei widersprüchlichem Verhalten des Patienten während bescheinigter Arbeitsunfähigkeit (vgl. vorstehende E. 4.1). Zu bejahen ist das Erfordernis, dass Dr. Z. \_\_\_ die Zeugnisse basierend auf den von ihm durch seine Untersuchung des Klägers gewonnenen Erkenntnissen ausstellte. Dr. Z. \_\_\_ behandelte den Kläger bereits unmittelbar nach dem Ereignis vom 1. April 2018 fachärztlich (Urk. 11/ 2-3), operierte persönlich die linke Schulter am 1. Juni 2018 (Urk. 11/5) und kontrollierte in der Folge auch persönlich den Heilungsverlauf (Urk. 11/4, Urk. 11/7). Ein

widersprüchliches Verhalten des Klägers während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit ist sodann zu verneinen. Die blosse Anwesenheit in seiner Werkstatt im August 2018 dokumentiert nichts dergleichen. Die anlässlich der Observation dokumentierten Aktivitäten stehen nicht im Widerspruch mit den ärztlich beschriebenen Beeinträchtigungen, die sich auf die berufliche Tätigkeit als Schuhmacher beziehen. Eine konkrete Arbeitstätigkeit ist nicht nachgewiesen, wobei ab dem 1. Juli 2018 zumindest eine Teilarbeitsfähigkeit von 25 %

gegeben war (vgl. vorstehende E. 4.3 f.). Auch andere Gründe, die an den Attesten von Dr. Z. \_\_\_ begründete Zweifel aufkommen lassen, sind weder ersichtlich noch wurden solche geltend gemacht. Somit steht fest, dass auf die Atteste von Dr. Z. \_\_\_ abzustellen ist. 5.

zu entrichten, denn sie habe dem Kläger noch am 3. September 2018 mitgeteilt, sie werde den Anspruch auf weitere Taggeldleistungen aus der Krankentaggeldversicherung prüfen. Von einer definitiven Leistungseinstellung ab dem 1. Juli 2018 könne somit nicht gesprochen werden. Erst am 3. September 2018 habe sie ihre Leistungspflicht definitiv abgelehnt ( Urk. 10 S. 15). 6.2

Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablauf von vier Wochen (sogenannte Deliberationsfrist) von dem Zeitpunkt an gerechnet fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Auch im Bereich des Versicherungsrechts gerät der Versicherer nach herrschender Lehre erst mit der Mahnung in Verzug ( Art. 102 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergän - zung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht]; OR ). Lehnt der Versicherer jedoch zu Unrecht seine Leistungspflicht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung. Fälligkeit und Verzug treten dann sofort ein, und die Deliberationsfrist wird überflüssig, wenn sie n icht schon abgelaufen ist (Nef, in: Basler Kommentar zum VVG, 2001 , Art. 41 N 20). 6.3

Tatsächlich hat te die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 8. August 201 8

zunächst darüber in Kenntnis gesetzt, si e werde einen weiteren Taggeldanspruch aus der Krankentaggeldversicherung prüfen ( Urk. 11/9). Erst mit Schreiben vom 5. September 2018 lehnte die Beklagte eine weitere Leistungspflicht endgültig ab ( Urk. 11/14). Der Verzugszins ist somit ab diesem Zeitpunkt ausgewiesen. 7. 7.1

Zu den Prozesskosten gehören gemäss Art. 95 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten und die Parteientschädigung. Gemäss Art. 114 lit . e ZPO ist das Verfahren bei i Streitigkeiten betreffend Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung kostenlos. 7.2

Die Parteientschädigung 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). 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. Dasselbe gilt für die Verordnung über die Anwaltsgebühren. Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungs - behörden, 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 a uf den Streitwert festzusetzen.

Der Kläger macht in seiner Honorarnote vom 2. Dezember 2020 einen Zeitaufwand von 19,95 Stunden geltend. Ausgehend von einem Stundenansatz von Fr. 300.-- beziffert er die Entschädigung zuzüglich Barauslagen von Fr. 179.55 und Mehrwertsteuer auf Fr. 6'639.20 ( Urk. 24). Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass praxisgemäss ein Stunden an satz von Fr. 220.-- und nicht ein solcher von Fr. 300.-- zur Anwendung gelangt. Sodann ist d er von Rechtsanwalt Sennhauser geltend gemachte Aufwand der Bedeutung der Streitsache und

der Schwierigkeit des Prozesses nicht mehr angemessen.

Der Hauptaufwand von 14,1 Stunden entfällt auf die Ausarbeitung und die Redaktion der Klageschrift (5,3 Stunden) und der Replik (8,8 Stunden). Die Klageschrift enthält nebst den Rechtsbegehren, die eine Seite einnehmen ( Urk. 1 S. 2) ,

zur Hauptsache die Darstellung des Sachverhaltes anhand einer Zusammenfassung der eingereichten Unterlagen ( Urk. 1 S. 3-7). Die Bezifferung des Forderungs - betrages und die eigentliche Begründung der Klage beschränken sich auf knapp zwei Seiten ( Urk. 1 S. 8 f.). Hinzu kommen auf einer weiteren Seite die Ausführungen zum Antrag auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung ( Urk. 1 S. 9 f.). Insgesamt angemessen ist hierfür selbst bei grosszügiger Betrachtung ein Aufwand von höchstens

3 Stunden. Der materiell massgebliche Teil der Replik entfällt auf die Stellungnahme zur Widerklage und umfasst total 7,5 Seiten. Hierfür angemessen ist ein Aufwand von 5 Stunden ( Urk. 14 S. 5 ff.). Der in der Honorarnote geltend gemachte Aufwand ist somit um 6,1 Stunden zu kürzen. Es verbleibt damit ein zu entschädigender Aufwand von 13,85 Stunden. Unter Berücksichtigung des Stundenansatzes von Fr. 220.--, der Barauslagen von Fr. 179.55 sowie der Mehrwertsteuer von 7,7 % ergibt sich eine Entschädigung von Fr. 3'475.-- , welche die Beklagte zu bezahlen hat . Das Gericht erkennt:

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