

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00016

vom 4. März 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-03-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2020.00016

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00016 du 4 mars 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00016 del 4 marzo 2022

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1963, arbeitete bei der Y.____ als Teamleiter Food zu einem Pensum von 100 % (Urk. 14/41). Durch diese Tätigkeit war er bei der SWICA Krankenversicherung AG (nachfolgend: Swica) im Rahmen eines seitens der Arbeitgeberin geschlossenen Krankentaggeldversicherungsvertrags nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit versichert (Urk. 14/97). Am 25. Mai 2018 meldete die Arbeitgeberin eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit des Versicherten seit 23. April 2018 (Urk. 14/41). Die Swica leistete in der Folge Taggelder (Urk. 14/61 S. 3). Am 10. April 2019 wurde das Arbeitsverhältnis seitens der Arbeitgeberin auf den 31. Juli 2019 gekündigt (Urk. 2/9).

Mit Schreiben vom 8. April 2019 teilte die Swica dem Versicherten unter Hinweis auf die Schadenminderungspflicht mit, dass ihm ab sofort eine 50%ige angepasste Tätigkeit zumutbar sei und sie ihn ab 1. Mai 2019 als zu 50 %, ab 1. August 2019 als zu 75 % und ab 1. November 2019 als zu 100 % arbeitsfähig erachte und dementsprechend die Taggelder ausrichten werde (Urk. 2/8 = Urk. 14/44). Am 12. Juli 2019 stellte sie in Aussicht, dass sie ihm vom 1. August bis 31. Oktober 2019 ein 50%iges und ab 1. November 2019 kein Taggeld mehr ausrichten werde (Urk. 14/53). Daran hielt sie mit Schreiben vom 20. September 2019 fest (Urk. 14/71). Am 21. Januar 2020 bot der Versicherte der Swica eine aussergerichtliche Einigung an (Urk. 14/82), worauf die Swica ihm am 14. Februar 2020 anbot, vorerst ein halbes Taggeld für weitere drei Monate zu bezahlen und den Taggeldanspruch nach Vorliegen des Entscheids der Invalidenversicherung erneut zu beurteilen (Urk. 14/83). Mit der Auszahlung der Taggelder erklärte sich der Versicherte am 17. Februar 2020 einverstanden (Urk. 14/84).

Effektiv richtete die Swica ein ganzes Taggeld vom 23. April 2018 bis 31. Juli 2019 (Urk. 2/10 = Urk. 14/79 S.

E. 1.1

Am 1. Januar 2022 sind die geänderten Bestimmungen des VVG in Kraft getreten.

In zeitlicher Hinsicht sind vorbehältlich besonderer Übergangsrechtlicher Regelungen (vgl. Art. 103a VVG in der ab 1. Januar 2022 geltenden Fassung) grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend, die bei Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (vgl. BGE 146 V 364 E. 7.1, 144 V 210 E. 4.3.1, je mit Hinweisen). Daher sind vorliegend die bis 31. Dezember 2021 gültig gewesenen Rechtsvorschriften anwendbar, die nachfolgend auch in dieser Fassung zitiert werden.

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, KVG) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG). Sie sind privat rechtlicher Natur (BGE

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

E. 1.2

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

2 Abs.

2 lit .

b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht,

GSVGer ; BGE 138 III 2 E.

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

4).

E. 1.3

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. 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 bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 128 III 271 E.

2a/ aa). Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art.

39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Dafür gilt gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Bereich der Krankentaggeldversicherung betreffend die zu belegenden Arbeitsunfähigkeit das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung (zur Publikation vorgesehen es Urteil des Bundesgerichts 4A_117/2021

vom 31 . August

2021

E.

3.3.1). 2. 2.1

Es ist unbestritten, dass der Kläger aufgrund der von seiner (ehemaligen) Arbeitgeberin mit der Beklagten abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung (Police Nr. ... ; Urk. 14/97) gemäss den Angaben in der Police und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die kollektive Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 1998 (AVB, Urk. 2/3 = Urk. 14/96), 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 (Ziff. 2 in Verbindung mit Ziff. 13). Krankheit ist gemäss Ziff. 3 AVB jede Gesundheitsstörung, die der Versicherte unfreiwillig erleidet, kein Unfall oder keine Unfallfolge ist und ärztlich bestätigt wird. Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte ganz oder teilweise ausserstande ist, seinen Beruf und eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben (Ziff. 16 AVB).

Das Taggeld beträgt 100 % des versicherten Lohnes vom 1. bis 90. Tag und anschliessend

E. 3

Subeventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 6'217.95 nebst Zins zu 5 % p.a. ab dem 1. Dezember 2021 (Anspruch auf Taggeldleistungen vom 1. Februar 2020 bis 21. April 2020 samt Verzugszinsen per 30. November 2021) sowie Fr. 5'163.85 nebst Zins zu 5 % p.a. ab dem 28. Februar 2020 (Verspätungsschaden) zu bezahlen.

E. 3.1

Beim Kläger ist seit dem 23. April 2018 eine dilatative Kardiomyopathie bekannt, derentwegen er gemäss Austrittsbericht vom 26. April 2018 (Urk. 2/11) vom 23.

bis 26. April 2018 in der Klinik A.____ hospitalisiert war. Aufgrund dieser Krankheit wurde dem Kläger von seinen behandelnden Ärzten, Dr. med. B.____, Facharzt für Kardiologie, sowie Dr. med. C.____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, in der Folge - soweit lesbar - ununterbrochen eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt (Urk. 2/20-38). Im Arztbericht vom 30. Juli 2018 (Urk. 21/32) erachtete Dr. B.____ eine Bürotätigkeit als dem Kläger zumutbar, ohne aber anzugeben, in welchem Umfang (S. 3 Ziff. 3).

E. 3.2

) und unter Bezugnahme der darin attestierten Arbeitsfähigkeit bereits vor der Leistungseinstellung auf die Pflicht zur Schadenminderung aufmerksam. Ab Vorliegen des Parteigutachtens durfte der Kläger denn auch nicht mehr auf anderslautende Einschätzungen seiner Arbeitsfähigkeit durch die behandelnden Ärzte vertrauen, zumal er sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht in psychiatrischer Behandlung befand. Im Rahmen der Schadenminderungspflicht wäre es aufgrund des Schreibens der Beklagten vom 12. Juli 2019 geboten gewesen, die berufliche Umorientierung umgehend anzugehen. Der Beklagten war eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab 23. April 2018 (Urk. 14/41) gemeldet worden, womit diese im Zeitpunkt der Ankündigung der Leistungseinstellung im April 2018 bereits ein Jahr andauerte. Der Kläger hatte nach

E. 3.2.1

mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts 4A_304/2012 vom 14.

November 2012 E.

2.3, nicht publ. in: BGE 138 III 799 mit Hinweisen). Die zu gewährende Übergangsfrist dient generell der Anpassung und Stellensuche. Aus dem Zweck der Übergangsfrist folgt, dass während dieser Frist Taggelder weiter hin 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).

Bei der Beantwortung der Frage nach der Zumutbarkeit eines Berufswechsels im konkreten Fall stellt die medizinisch-theoretische Würdigung nur einen ersten Schritt dar. Das Gesetz erlaubt dem Versicherer keine Reduktion seiner Leistungen einzig aufgrund eines theoretisch möglichen Berufswechsels, der indessen in der Praxis nicht realisierbar ist. Das Gericht hat im Gegenteil die konkrete Ausgangslage zu würdigen. Es muss sich fragen, welche realen Chancen der Versicherte angesichts seines Alters und der Situation auf dem Arbeitsmarkt hat, eine Arbeit zu finden, welche seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung trägt. Es hat ebenfalls zu beurteilen, ob dem Versicherten ein entsprechender Berufswechsel unter Berücksichtigung seiner Ausbildung, seiner Arbeitserfahrung und seines Alters tatsächlich zugemutet werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_495/2016 vom 5.

Januar 2017 E. 2.3 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 5.4.3; BGE 133 III 527 E.

3.2.1).

E. 4

Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich bei der vorliegenden Klage um eine Teilklage (Anteil des dem Kläger zwischen dem 1. August 2019 und dem 21. April 2020 entstanden Anspruch auf Taggeldleistungen sowie entstandenem Verspätungsschaden) handelt und dass weitere Forderungen aus dem Versicherungsvertrag vorbehalten bleiben.

E. 4.1.1

Ein Gutachten, das von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet wurde (z.B. ein im Strafverfahren eingeholtes verkehrstechnisches Gutachten oder eine von einem Sozialversicherungsträger veranlasste medizinische Expertise), darf als gerichtliches Gutachten beigezogen werden. Die Beweistauglichkeit solcher Fremdgutachten wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass den Parteien diesbezüglich im Hauptprozess das rechtliche Gehör zu gewähren ist, wozu ausser einer Stellungnahme zum Inhalt des Fremdgutachtens (Art.

187 Abs.

4 ZPO) auch die Möglichkeit gehört, sich nachträglich noch zur Person des Gutachters (Art.

183 Abs.

2 ZPO) zu äussern und Ergänzungsfragen (Art.

185 Abs.

2 ZPO) zu stellen. Fremdgutachten sind mithin ebenso beweistauglich wie die vom Zivilrichter selbst eingeholten Gutachten, wobei sich ihre Beweiskraft selbstverständlich nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art.

157 ZPO) richtet und ein neues Gutachten zu denselben Gutachterfragen angeordnet werden kann, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen eines Fremdgutachtens

einer kritischen Würdigung nicht standhalten (BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3; Urteile des Bundesgerichts 4A_589/2013 vom 10.

April 2014 E.

2.5; 4A_604/20

E. 4.1.2

Dagegen handelt es sich bei von den Prozessparteien selbst eingeholten, dem Gericht eingereichten Gutachten von Experten nicht um gerichtlich bestellte Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO, sondern um sogenannte Privatgutachten. Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 433 klargestellt, dass im Zivilprozess ein Privatgutachten kein Beweismittel darstelle, sondern dem Privatgutachten die Qualität von blossen Parteibehauptungen beizumessen sei. Werde eine Parteibehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptung diese allein nicht zu beweisen. Immerhin vermögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Würden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürften sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden (BGE 141 III 433 E. 2.6).

E. 4.2

Bezüglich des kardialen Gesundheitszustands stimmen der Parteigutachter, Dr.

D.____ (E.3.3), und die Z.____-Gutachter (E.3.4) überein. Sie gingen davon aus, dass der Kläger

aufgrund der dilatativen Kardiomyopathie in seiner angestammten Tätigkeit seit April 2018 vollständig arbeitsunfähig ist. Dies wird auch von den Parteien nicht bestritten.

Betreffend die Arbeitsfähigkeit in behinderungsangepasster Tätigkeit stellte sich Dr. F.____ der Z.____ auf den Standpunkt, dass sich die kardiologischen Befunde spätestens im September 2018 soweit verbessert hätten, dass eine angepasste Tätigkeit im Grundsatz wieder möglich gewesen sei. Davon ging auch Dr. D.____ aus, welcher aus rein kardiologischer Sicht eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ab sofort als möglich erachtete, unter Berücksichtigung der deutlich eingeschränkten Belastbarkeit während der Ergometrie und der nach vollziehbaren starken Tagesmüdigkeit und Leistungsintoleranz jedoch lediglich eine 50%ige Arbeitsfähigkeit attestierte. Unter Anpassung der Medikation prognostizierte Dr. D.____ eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit innerhalb eines halben Jahres auf 100%, wobei er es dem Kläger als zumutbar erachtete, auch bei Müdigkeit einer Arbeit nachzugehen und die Arbeitstätigkeit innerhalb von sechs Monaten auf 100% zu steigern. Der Z.____-Kardiologe, Dr. F.____ (E.3.4.2),

schloss sich dieser Einschätzung an und ging im Sinne einer Arbeitsrehabilitation von einer 50%igen Arbeitsfähigkeit ab Ende Februar 2019 (Zeitpunkt des Gutachtens von Dr. D.____) aus, welche innerhalb von sechs Monaten hätte auf 100% gesteigert werden können. Dies wird vom Kläger nicht substantiiert bestritten (vgl. Urk. 32 S. 8 Ziff. 9).

Zusammenfassend kann somit davon ausgegangen werden, dass dem Kläger in rein kardiologischer Hinsicht die angestammte Tätigkeit seit April 2018 nicht mehr zumutbar ist, er aber

in einer angepassten Tätigkeit seit Februar 2019 zu 50 % und ab August 2019 zu 100 % arbeitsfähig war.

E. 4.3

Laut dem

Z. ___ -G utachten

(E. 3.4) leidet der Kläger an einer depressiven Episode leichten bis grenzwertig mittelschweren Grades (F32.0), welche seit Sommer 2019 zu einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 30 % führt.

Laut ICD-10 müssen für die Diagnose einer leichten depressiven Episode (F32.0) zwei der drei typischen Symptome (depressive Stimmung, Verlust von Interesse oder Freude und Antriebsmangel sowie erhöhte Ermüdbarkeit) sowie mindestens ein der übrigen anderen häufigen Symptome (verminderte Konzentration und Aufmerksamkeit, vermindertes Selbstwertgefühl und Selbstvertrauen, Schuldgefühle und Gefühle von Wertlosigkeit, negative und pessimistische Zukunftsperspektiven, Suizidgedanken, erfolgte Selbstverletzung oder Suizidhandlungen, Schlafstörungen, verminderter Appetit) vorhanden sein (Horst Dilling / Werner Mombour / Martin H. Schmidt [Hrsg.],

Internationale

Klassifikation

psychischer

Störungen, ICD-10, Kapitel V (F), 10. Auflage 2015, F32.0 S. 172). Die Gutachterin ermittelte laut ihrer versicherungsmedizinischen Beurteilung einen bekümmert und sorgenvoll wirkenden Kläger, dessen Stimmung deprimiert und dessen Freudefähigkeit gemindert sei. Die Zukunft besorge ihn, insbesondere hinsichtlich seiner Gesundheit, jedoch auch bezüglich der Versorgung seiner Ehefrau und seines Sohnes, sollte er früh versterben. Sodann habe er erhebliche Ein- und Durchschlafstörungen beschrieben und eine Lebensmüdigkeit und gelegentlich passive Todeswünsche ohne akute Suizidalität angegeben (Urk. 21/104/16-29 S. 11 Mitte).

Dass - wie von der Beklagten behauptet (Urk. 36 S. 7 oben) - neben der Schlafstörung und der Niedergestimmtheit kaum die typischen Symptome vorliegen, trifft nicht zu.

Die Gutachterin begründete die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit mit der aus geprägten Schlafstörung und dem gesteigerten Erholungsbedürfnis des Klägers. Es sollte ihm durch die Reduktion der Arbeitsfähigkeit auch die stressfreie Inanspruchnahme einer fachärztlichen psychiatrisch-psychotherapeutischen Behandlung ermöglicht werden (Urk. 21/104/11-29 S. 12 unten). Auch wenn grundsätzlich ärztliche Behandlungen auch bei einem vollen Arbeitspensum möglich sein müssen, liegt beim Kläger aufgrund der Schlafstörung eine Tagesmüdigkeit vor, und er legt sich deshalb regelmässig tagsüber hin (S. 3). Dem Kläger wurde somit nicht allein aufgrund der empfohlenen psychiatrischen Behandlung eine Arbeitsunfähigkeit attestiert, wie dies die Beklagte glauben machen wollte (Urk. 36 S. 5 unten).

Allerdings

gilt es, wie die Beklagte zu Recht einwandte (Urk. 36 S. 7 Ziff. 8),

zu beachten, dass es generell und namentlich bei psychischen Störungen schwierig ist, rückwirkend und überdies für einen weit zurückliegenden Zeitraum die Arbeitsfähigkeit zuverlässig zu beurteilen (Urteil des Bundesgerichts 8C_808/2007 vom 16. Mai 2008 E.

5.4.1 mit Hinweisen). Dies bedingt schon in grundsätzlicher Hinsicht, die rückblickenden Aussagen der psychiatrischen Gutachter in

der Z.____ zurückhaltend zu gewichten und besonders auf Übereinstimmung mit den echtzeitlichen Akten zu überprüfen.

Echtzeitlich liegen Arbeitsunfähigkeitszeugnisse von Dr. E.____

für den Zeitraum vom 18. Juli bis 15. Oktober 2019 (Urk. 14/74/4) sowie dessen Bericht an die Invalidenversicherung vom 14. November 2019 (E. 3.3) in den Akten. Dieser attestierte dem Kläger aufgrund einer mittelgradigen depressiven Episode mit somatischem Syndrom (F32.11) eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Die psychiatrische Behandlung wurde - angeblich, da die französische Krankenkasse die Kosten der Behandlung in der Schweiz nicht übernahm (Urk. 21/104/16-41 S. 2 Mitte) - am 19. September 2019 abgeschlossen (Urk. 21/78 S. 2 Ziff. 1.2). Dr. E.____ ist zwar in einer für Psychologie und Psychiatrie ausgerichteten Praxis tätig, indessen verfügt er über keinen Facharzttitel in Psychiatrie und Psychotherapie. An seiner ärztlichen Einschätzung einer vollständigen Arbeitsfähigkeit hatte die Z.____-Gutachterin

(E. 21/104/16-41) offenbar Zweifel, erklärte sie doch, dass eine, gemäss dem damaligen Psychostatus vorliegende leichte beziehungsweise eine diagnostizierte mittelgradige depressive Episode in aller Regel keine vollständige Arbeitsunfähigkeit plausibilisiere (S. 13 Ziff. 8.4), und ging von einer Arbeitsunfähigkeit von 30% aus. Dies erscheint plausibel, ist doch davon auszugehen, dass sich der Kläger bei entsprechendem Leidensdruck einer psychiatrischen Weiterbehandlung in Frankreich unterzogen hätte. Dass die sprachlichen Barrieren für eine psychiatrische Behandlung zu hoch waren (vgl.

Urk. 21/104/16-41 S. 2 Mitte), ist angesichts der Tatsache, dass der Kläger seit Jahren in Frankreich wohnt, mit einer Französin verheiratet ist und regelmässige Kontakte mit deren Familie pflegt (vgl.

Urk. 21/104/16-41 S. 2 Mitte), ebenso wenig glaubhaft. Überdies kann angenommen werden, dass in der Grenzregion auch ein französischer Facharzt mit Deutschkenntnissen hätte gefunden werden können.

Die Z.____-Gutachterin setzte sich im Gutachten mit dem von Dr. E.____ erhobenen Psychostatus auseinander und stellte in begründeter sowie überzeugender Weise fest, dass daraus eher eine leichte Ausprägung der depressiven Episode hervorzuheben ist und attestierte eine durchgehende 30%ige Einschränkung seit Sommer 2019 (Urk. 21/104/16-42 S. 11 oben und S. 13). Gestützt darauf ist davon auszugehen, dass sich der Gesundheitszustand des Klägers nach Beendigung der Behandlung durch Dr. E.____ im September 2019 bis zur Begutachtung im Februar 2020 nicht wesentlich veränderte.

E. 4.4

Zusammenfassend ist aufgrund des Z.____-Gutachtens eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit seit April 2018 und eine Arbeitsfähigkeit in behinderungsangepasster Tätigkeit von 50% vom 1. Februar bis 30. Juli 2019 sowie von 70% vom

1. August 2019

bis 21. April 2020 ausgewiesen. In diesem Sinne kommt dem Z.____ -Gutachten volle Beweiskraft zu . 5.

E. 5

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWSt zulasten der Beklagten.»

Mit Duplik vom 17. November 2021 hielt die Beklagte an ihrem Rechtsbegehren fest (Urk. 36). Dies wurde dem Kläger am 23. November 2021 zur Kenntnis gebracht (Urk. 38). 3.

Die Invalidenversicherung sprach dem Kläger mit Verfügung vom 18. August 2021 bei einem Invaliditätsgrad von 100 % ab dem 23. April 2019 und einem solchen von 3

E. 5.1

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 Ziff. 16 AVB denn 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 von der versicherten Person einen solchen Berufswechsel, muss er ihr dies mitteilen. Zusammen mit der Abmahnung zum Berufswechsel muss ihr eine angemessene Übergangsfrist eingeräumt werden, während derer sie 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.

E. 5.2

Die Beklagte wies den Kläger bereits mit Schreiben vom 8. April 2019 auf eine teilweise Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit hin und forderte ihn dazu auf, mit seiner Arbeitgeberin Einsatzmöglichkeiten zu planen

(Urk. 14/44) . Nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses hielt sie ihn mit Schreiben vom 12. Juli 2019 an , sich bei der Arbeitslosenversicherung anzumelden, falls dies noch nicht erfolgt sei (Urk. 14/53) . Sie machte den Kläger somit nach Erstattung des Parteigutachtens (E.

E. 5.3

Der versicherte Verdienst des Klägers betrug knapp Fr. 73'383 .

(vgl. Urk. 2/39). Das standardisierte monatliche Einkommen für männliche Hilfskräfte betrug gemäss den vom Bundesamt für Statistik (BFS) periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE; Tabelle TA 1) im Jahr 2018 Fr. 5'417. pro Monat bei 40 Wochenstunden , was aufgerechnet auf eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 41.7 Stunden im Jahr 2018 (BFS, Betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen) ein monatliches Einkommen von Fr. 5'647.25 beziehungsweise ein

jährliches Einkommen von aufgerundet Fr. 67'767. ergibt . Da der Kläger auch in einer angepassten Tätigkeit nur zu einem Teilpensum arbeitsfähig war, ist in Anlehnung an den Entscheid der Invalidenversicherung (Urk. 33/ 4 8) ein Abzug von 5 % vom Tabellenlohn zu gewähren, woraus ein zumutbares Einkommen von Fr. 64'379.

($0.95 \times \text{Fr. } 67'767.$) resultiert . Bei einer Arbeitsfähigkeit von 70 % erlitt der Kläger somit eine Erwerbseinbusse von Fr. 2 8'318 .

(Fr. 73'383. - [$0.7 \times \text{Fr. } 64'379.$]) beziehungsweise

rund 3 9 % ($\text{Fr. } 28'318. \times 100 : \text{Fr. } 73'383.$) . Damit hatte der Kläger vom 1. August bis 21. April 2020 Anspruch auf ein Taggeld von 39 %.

E. 5.4

Bei einem versicherten Taggeld von Fr. 180.95 (vgl. vorstehend E. 2.2) ergibt sich ein Taggeldanspruch für den strittigen Zeitraum vom 1. August 2019 bis 21. April 2020 von insgesamt Fr. 18'701.20 ($0.39 \times \text{Fr. } 180.95 \times 265 \text{ Tage} = \text{Fr. } 18'701.20$) . Bezahlt wurden dem Kläger im eingeklagten Zeitraum von der Beklagten Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 16'642.90 (vgl. Urk. 2/43) , womit dem Kläger noch ein Betrag von Fr. 2'058.30 zusteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_572/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 4.2 und E. 4.3) .

E. 5.5

Bei dieser Aktenlage, insbesondere angesichts der beigezogenen IV-Akten, ist auf die Durchführung weiterer Abklärungen (vgl. Urk. 1 und Urk. 13) und die Befragung/Beweisaussage (vgl. Urk. 1) in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten, zumal auch ausdrücklich auf Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet worden war (Urk. 27).

E. 5.6

Der Kläger beantragte überdies einen Verspätungsschaden im Sinne eines vorprozessualen Aufwandes (vgl. Urk. 1 S. 23 f., Urk. 32 S. 20) .

Hat der Gläubiger einen grösseren Schaden erlitten, als ihm durch die Verzugszinsen vergütet wird, so ist der Schuldner zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet, wenn er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 106 Abs. 1 des Obligationenrechts).

Vorliegend besteht kein Raum für die Zusprache eines Verspätungsschadens , da sich die Leistungspflicht der Beklagten ab August 2019

erst im Nachhinein gestützt auf das von der IV-Stelle veranlasste Gutachten vom 7. September 2020 ergeben hat und damit nach Klageerhebung vom 3. März 2020. Es trifft die Beklagte demnach kein Verschulden an der verspäteten Zahlung (vgl. Rolf H. Weber, Susan Emmenegger , Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, 2. Auflage 2020, Rz 44 zu Art. 106) . Dies hat umso mehr zu gelten, als die Beklagte dem Kläger im Februar 2020 angeboten hatte, den Taggeldanspruch nach Vorliegen des Entscheids der Invalidenversicherung erneut zu beurteilen (vgl. Urk. 14/83).

E. 5.7

Folglich ist die Klage in dem Sinne teilweise gutzuheissen, dass die Beklagte verpflichtet wird, dem Kläger Fr. 2'058.30 zuzüglich Zins von 5 % ab 1. März 2020 (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 VVG; Urteile des Bundesgerichts 4A_16/2017 vom 8. Mai 2017 E. 3.1 und 4A_206/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 6.3) zu bezahlen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen. 6. 6.1

Der unentgeltliche
Rechtsvertreter des
Klägers

reichte vor Fällung des Endentscheids keine Kostennote ein (vgl. Urk. 39), weshalb seine Entschädigung nach § 7 Abs. 2 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV

SVGer) nach Ermessen festzusetzen ist. Angesichts des bloss geringfügigen Obsiegens des Klägers rechtfertigt es sich, die gesamte Prozessentschädigung auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Unter Berücksichtigung des gerichtlichen Ansatzes von Fr.

220. ist der Rechtsvertreter des Klägers für seine Bemühungen mit Fr. 3'400. inklusive Mehrwertsteuer (MWSt) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Der Kläger ist auf § 16 Abs. 4 GSVGer hinzuweisen, wonach er zur Nachzahlung der Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist. 6.2

Gemäss der Praxis des Bundesgerichts steht der nicht durch einen externen Rechtsanwalt vertretenen, zum grossen Teil obsiegenden Versicherungsträgerin mangels eines besonderen Aufwandes grundsätzlich keine Parteientschädigung zu (BGE 133 III 439 E. 4, vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2013 vom 27.

August 2013 E.

5). Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die SWICA Krankenversicherung AG verpflichtet wird, dem Kläger

Fr. 2'058.30 zuzüglich Zins von 5 % ab 1. März 2020 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Thibaut Meyer, Basel, wird mit Fr. 3'400.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse

entschädigt. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Thibaut Meyer - SWICA Krankenversicherung AG - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA sowie an: - Gerichtskasse 5.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesge

setzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

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

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweis mittel 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 Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Grieder-Martens Tiefenbacher

E. 9

beziehungsweise Fr. 73'383.25 : 365 x 0.9 x 0.5 ; Urk. 2/10 und Urk. 2/39-42 = Urk. 14/76 S. 3, Urk. 14/79 S. 3 und Urk. 14/98 100) . Soweit ist der Sachverhalt unbestritten. Strittig ist die Leistungspflicht der Beklagten nunmehr vom 1. August 2019 bis 2 1. April 2020, indem der Kläger vom

1. August 2019 bis 31. Januar 2020 ein ganzes, statt ein halbes Tag geld und darüber hinaus vom 1. Februar bis 2 1. April 202 0 ein ganzes Taggeld fordert (Urk. 32 S. 9) . 2.3

Der Kläger stellte sich betreffend die Weiterausrichtung der Taggelder in der Klagebegründung (Urk. 1) auf den Standpunkt, im Gegensatz zum von der Beklagten beauftragten Gutachter, welcher ihm eine Arbeitsfähigkeit von 50 % attestiert habe, bescheinigten ihm die behandelnden Ärzte eine vollständige Arbeitsunfähigkeit für sämtliche Tätigkeiten. Aufgrund seiner Erkrankung hätten ihn die behandelnden Ärzte vom 26. April 2018 bis zum heutigen Tag durchgehend zu 100 % arbeitsunfähig betrachtet (S. 15 Ziff. 37). Aufgrund des bis he rigen Krankheitsverlaufs sei davon auszugehen, dass er auch weiterhin arbeits unfähig sein werde (S. 20 Ziff. 42). Mit den vorgelegten medizinischen Unter la gen und den angebotenen Zeugen könne er den Beweis der Arbeits- und Erwerbs unfähigkeit erbringen. Es sei aber dennoch vom Gericht ein kardiolo gisches Gutachten einzuholen (S. 20 Ziff. 43). Das von der Beklagte n in Auftrag gegebene Gutachten stelle lediglich eine Parteibehauptung dar (S. 21 Ziff. 45) .

Mit Replik (Urk. 32) führte der Kläger aus, aufgrund der Abklärungen der Invaliden versicherung sei erstellt, dass er seit April 2018 in seiner bisherigen Tätigkeit als Teamleiter Food im Detailhandel zu 100 % arbeitsunfähig sei. In einer dem Leiden angepassten Tätigkeit bestehe grundsätzlich eine 70% ige Arbeitsfähigkeit, wobei das zumutbare Tätigkeitsprofil sehr eingeschränkt defi niert worden sei (S. 8 Ziff. 9). Dementsprechend habe er bis zum 21. April 2020 Anspruch auf ein ganzes Taggeld (S. 9 Mitte).

Es treffe nicht zu, dass die Beklagte rechtsgenügend auf die Schadenminderungspflicht hingewiesen habe (S. 11 Ziff. 13) , und er habe seine Schadenminderungspflicht auch nicht verletzt (S. 11 Ziff. 15). Es treffe auch nicht zu, dass ihm der behandelnde Arzt ab Ende Juli 2018 eine Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit attestiert habe (S. 11 Ziff. 14), und er sei gemäss Gutachten der Invalidenversicherung auch in einer Verweistä tigkeit nur zu 70 % arbeitsfähig (S. 11 Ziff. 16). 2.4

Die Beklagte argumentierte mit Klageantwort (Urk. 13), die Kritik am von ihr in Auftrag gegebenen Gutachten sei unbegründet und es könne darauf abgestellt werden. Auch die behandelnden Ärzte hätten die Zumutbarkeit einer Büro tätig keit in uneingeschränktem

Ausmass bestätigt und stimmten im Grundsatz, dass in einer angepassten Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit bestehe, überein (S. 7). Im Rahmen der Schadenminderungspflicht sei dem Kläger in Anbetracht seiner Ressourcen ein Berufswechsel zweifellos zumutbar (S. 8 Ziff. 3). Die recht spre chungs gemässe Übergangsfrist sei eingehalten worden, sei doch der Kläger am 8. April 2019 auf die Schadenminderungspflicht hingewiesen worden, und es seien die vollen Taggeldleistungen bis 31. Juli 2019 und sodann Taggeld der im Umfang einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit bis 31. Januar 2020 ausgerichtet worden (S. 10 oben). Was die psychische Erkrankung betreffe, aufgrund derer sich der Kläger ab März 2019 in Behandlung ergeben habe, lägen ihr nur Arbeitsunfähigkeitsatteste vor, ohne Angabe über den Grund der Arbeitsunfähigkeit. Den Akten der Invalidenversicherung könne über dies entnommen werden, dass die Behandlung am 19. September 2019 eingestellt worden sei. Dement spre chend sei davon auszugehen, dass aus psychiatrischer Sicht keine relevante Diagnose vorliege, welche Einfluss auf die Ausrichtung der Taggeldleistungen gehabt habe (S. 10 Ziff. 5).

Mit Duplik (Urk. 36) machte sie geltend, die in dem von der Invalidenversicherung in Auftrag gegebenen Gutachten attestierte Arbeitsfähigkeit durch den Kardiologen stimme mit der Einschätzung des von ihr beauftragten Gutachters überein (S. 3 oben). Die im Z.____-Gutachten seit August 2019 attestierte Einschränkung der Leistungsfähigkeit in angepasster Tätigkeit aus psychiatrischer Sicht im Umfang von 30 % sei aus näher dargelegten Gründen nicht nachvollziehbar (S. 7). Ein Berufswechsel sei dem Kläger zumutbar gewesen (S. 9 Ziff. 10). Er sei rechtzeitig auf die Schadenminderungspflicht aufmerksam gemacht worden, und er sei aufgefordert worden, die Aufnahme einer den gesundheitlichen Einschränkungen angepassten Tätigkeit mit der damaligen Arbeitgeberin zu besprechen und zu planen. Aus den Akten gehe nicht hervor, dass er sich tatsächlich um eine berufliche Neuorientierung bemüht habe (S. 11). Da er bei einem Berufswechsel keine Lohneinbusse von mindestens 25 % erreiche, bestehe kein weiterführender Taggeldanspruch (S. 12 Ziff. 13). 3.

E. 13

vom 25.

April 2014

E. 2.2).

Den Parteien wurde Gelegenheit gegeben, zu den Akten der Invalidenversicherung, worin sich auch das Z.____-Gutachten befand, Stellung zu nehmen (vgl.

Urk. 25 in Verbindung mit Urk. 29). Damit wurde das rechtliche Gehör gewahrt. Der Kläger erachtete den auch gestützt auf das Z.____-Gutachten als erstellt, dass er in seiner bisherigen Tätigkeit seit April 2018 zu 100 % arbeitsunfähig ist und in einer angepassten Tätigkeit grundsätzlich eine 70%ige Arbeitsfähigkeit besteht (Urk. 32 S. 8 Ziff. 9).

E. 15

Jahren krankheitsbedingt seine Stelle als Teamleiter Food beim Detailhändler verloren, die Suche nach einer neuen leidensangepassten Arbeitsstelle war für ihn, im Alter von 56 Jahren und gesundheitlich angeschlagen, zweifellos ein grosser Schritt, zumal im Zeitpunkt der erstmaligen Erinnerung an die Schadenminderungspflicht in leidensangepasster Tätigkeit immer noch eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit vorgelegen hatte und von einer Verbesserung der Arbeitsfähigkeit ausgegangen wurde. Mit

einer abgeschlossenen Lehre als Kellner und jahrelanger Erfahrung als leitender Angestellter im Detailhandel mit entsprechender beruflicher Weiterbildung (vgl.

Urk. 21/15/2-3) weist er allerdings eine Erwerbsbiographie aus, die es ihm ermöglicht, im Erwerbsleben in einer leichten körperlichen Tätigkeit wieder Fuß zu fassen. Unter Berücksichtigung, dass die Kardiologen bei der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit bereits eine Rehabilitationsphase mit einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit von Februar bis Juli 2019 von 50 auf 100 % berücksichtigten, räumte die Beklagte

mit der Reduktion der Taggelder ab August 2019 und damit fünf Monate nach der erstmaligen Erinnerung an die Schadenminderungspflicht eine angemessene Überbrückungsfrist ein .

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