

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00037

vom 4. Januar 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-01-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2020.00037

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00037 du 4 janvier 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00037 del 4 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

Der 1995 geborene X.____ war ab dem 1. September 2015 als Maurer-Akkordant bei der Y.____ AG in einem Vollzeitpensum tätig (Urk. 7/1) und über sein Anstellungsverhältnis bei der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend: Allianz) durch Kollektivvertrag gegen Lohnausfall bei Krankheit versichert. Gemäss Police Nr. ... , gültig ab 1. Juli 2016, war für das gesamte Personal (vor Eintritt ins AHV-Alter) jeweils, bei einem maximal versicherten Lohn pro Person und Jahr von Fr. 300'000.--, ein Taggeld in der Höhe von 80 % des versicherten Lohnes während einer Leistungsdauer von 720 Tagen (innerhalb von 900 auf einanderfolgenden Tagen) abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen vereinbart (Urk. 7/56). Am 30. Juni 2018 erfolgte eine Krankheitsmeldung durch die Arbeitgeberin, wonach der Versicherte die Arbeit seit dem 1. Juni 2018 im Zusammenhang mit einem Herz-/Lungenleiden ausgesetzt habe (Urk. 7/1; vgl. auch Urk. 7/4). Nach Ablauf der Wartefrist von 30 Tagen richtete die Allianz vom 1. Juli 2018 bis am 22. Oktober 2018 Krankentaggelder aus (Urk. 7/16, Urk. 7/21). Nach Rücksprache mit dem beratenden Arzt Dr. med. Z.____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin FMH, gelangte die Allianz zum Schluss, eine Arbeitsunfähigkeit sei nicht rechtsgenügend ausgewiesen, was sie dem Versicherten mit Schreiben vom 29. Januar 2019 mitteilte. Sie hielt zudem fest, sie verzichte auf eine Rückforderung der bereits ausgerichteten Taggelder (Urk. 7/32). Am 5. März 2019 erstattete Dr. Z.____ eine Aktenbeurteilung (Urk. 7/37). Mit Verfügung vom 18. September 2019 verneinte die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, einen Rentenanspruch des Versicherten. Zur Begründung wurde festgehalten, der Versicherte sei im Juni 2018 erkrankt und für längere Zeit arbeitsunfähig gewesen; anlässlich eines telefonischen Gesprächs vom 28. Mai 2019 habe er erklärt, er übe seine angestammte Tätigkeit mittlerweile wieder in einem 100 %-Pensum aus. Der Anspruch auf eine Invalidenrente beginne frühestens nach Ablauf eines Wartejahres mit bestehender Arbeitsunfähigkeit; innerhalb des Wartejahres habe er die Erwerbstätigkeit wieder aufnehmen können, womit kein Rentenanspruch entstehe (Urk. 7/41). Mit Schreiben vom 29. Oktober 2019 liess der Versicherte weitere Arztberichte auflegen und bat um eine nochmalige Stellungnahme von Dr. Z.____ (Urk. 7/42). Dieser Bitte kam die Allianz nach und veranlasste eine erneute Aktenbeurteilung; Dr. Z.____ nahm am 8. November 2019 eine Nachbeurteilung vor (Urk. 7/43). Gestützt darauf teilte die Allianz der Rechtsschutzversicherung mit Schreiben vom 13. November 2019 mit, am ablehnenden Entscheid werde festgehalten, da keine neuen Erkenntnisse vorlägen, welche den Entscheid vom 29. Januar 2019 revidieren würden (Urk. 7/44). Im Auftrag der Rechtsschutzversicherung nahm A.____, Facharzt FMH für Allgemeine Innere Medizin und Arbeitsmedizin, am 6. April 2020 eine arbeitsmedizinische Beurteilung vor (

Urk. 2/20

[=

Urk. 7/47 S. 7-1 1]). Mit Schreiben vom 24. April 2020 teilte die Allianz der Rechtsschutzversicherung nochmals mit, es werde an der Leistungseinstellung vom 29. Januar 2019 festgehalten (Urk. 7/48).

E. 1.1

Kollektive Krankentaggeldversicherungen nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) werden vom Bundesgericht in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 142 V 448 E. 4.1). Die Kantone können ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für solche Streitigkeiten zuständig ist (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; ZPO). Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich ohne Rücksicht auf den Streitwert nach Art. 244 bis 247 ZPO (vereinfachtes Verfahren; Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Die Klage wird direkt beim Gericht anhängig gemacht (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6). Die Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich wurde von der Beklagten nicht bestritten. Nachdem der Streitwert unter Fr. 30'000.-- liegt, fällt die vorliegende Streitigkeit gemäss § 11 Abs. 1 GSVGer in die einzelrichterliche Zuständigkeit.

E. 1.2

Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das Gericht im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO allerdings nur einer erhöhten Fragepflicht unterworfen (vgl. Art. 247 Abs. 1 ZPO). Wie unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien selbst den Stoff beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zu 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 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 141 III 569 E. 2.3.1 bis 2.3.3 und die dortigen Verweise).

E. 1.3

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 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. Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags. Nach der erwähnten Grundregel hat der Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zur «Begründung des Versicherungsanspruches» (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines

Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweis thema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen. Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen. Der Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Die Beweiserleichterung setzt demnach eine «Beweisnot» voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen. Im Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalls geht die Rechtsprechung davon aus, dass namentlich bei der Diebstahlversicherung in der Regel eine Beweisnot gegeben ist, so dass sich die Herabsetzung des Beweismasses rechtfertigt. Dies gilt hingegen nicht für eine behauptete Arbeitsunfähigkeit, welche ohne weiteres mit einem entsprechenden Zeugnis bewiesen werden kann. Diesbezüglich gilt das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung (Urteil des Bundesgerichts 4A_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1, zur Publikation vorgesehen).

E. 1.4

Nach Art. 168 Abs. 1 ZPO sind als Beweismittel zulässig: Zeugnis (lit. a), Urkunde (lit. b), Augenschein (lit. c), Gutachten (lit. d), schriftliche Auskunft (lit. e) sowie Parteibefragung und Beweisaussage (lit. f). Diese Aufzählung ist abschliessend; im Zivilprozessrecht besteht insofern ein numerus clausus der Beweismittel. Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO lässt einzig vom Gericht eingeholte Gutachten als Beweismittel zu. Privatgutachten sind zwar zulässig, aber nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptungen (BGE 141 III 433 E. 2.5.2).

E. 1.5

Das Arzzeugnis wird beweisrechtlich den Zeugnisurkunden, denen im Beweisverfahren mit einer gewissen Zurückhaltung zu begegnen ist, zugeordnet und gilt im Bereich des Zivilprozessrechts gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Privatgutachten, welche als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel gelten (BGE 140 III 24 E. 3.3.3; 140 III 16 E. 2.5). Nach der Lehre beweisen Arzzeugnisse grundsätzlich nur, dass die Erklärung von der ausstellenden Person abgegeben wurde. Aufgrund des Fachwissens der ausstellenden Person sowie der strafrechtlichen Sanktion (

Art. 318 StGB) kann zunächst von der Richtigkeit eines Arztzeugnisses ausgegangen werden. Der Beweiswert kann jedoch durch irgendwelche Beweismittel und 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. Solchenfalls hat der Beweisführer bei unveränderter Beweislast den vollen Beweis für die mit dem Arztzeugnis bescheinigten Tatsachen zu erbringen (Heinrich Andreas Müller, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander, Hrsg., 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 177 Rz 9; Annette Dolge in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 177 Rz 13). Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden indes meist besonders substantiiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substantiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden (BGE 141 III 433 E. 2.6). Auch Berichte von Fachärzten, welche die Taggeldversicherer beraten, sind als blosser Parteibehauptungen zu qualifizieren (Urteil des Bundesgerichts 4A_571/2016 vom 23. März 2017 E. 3.2 am Ende).

E. 1.6

Aufgrund der Vereinbarungen zwischen der Beklagten und der ehemaligen Arbeitgeberin des Klägers (vgl. die Police Nr. ... , gültig ab 1. Juli 2016 [Urk. 7/56], sowie die - Vertragsbestandteil bildenden - Zusatzbedingungen [ZB; Urk. 7/55] und Allgemeinen Bedingungen [AB; Urk. 7/54]) fällt der geltend gemachte Anspruch in zeitlicher Hinsicht in die vertraglich vorgesehene maximale Leistungsdauer von 720 Tagen, was unbestritten ist. Strittig und zu prüfen ist, ob für den Zeitraum vom 23. Oktober 2018 bis zum 21. Februar 2019 eine Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen ist und die Beklagte aufgrund dessen dem Kläger ausstehende Taggelder im Umfang von Fr. 17'976.70 nebst Zins zu bezahlen hat.

E. 2

Mit Eingabe vom 1. Juli 2020 erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt Girón, Klage gegen die Allianz. Darin beantragte er, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Krankentaggeldleistungen für den Zeitraum vom 23. Oktober 2018 bis zum 21. Februar 2019 im Umfang von Fr. 17'976.70 nebst Zins von 5 % per annum seit dem 13. November 2019 zu bezahlen; alles unter Entschädigungsfolge zzgl. MWST zu Lasten der Beklagten (Urk. 1 S. 2). Mit Eingabe vom 8. September 2020 erstattete die Beklagte die Klageantwort mit dem Antrag, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers (Urk. 6). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2020 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Den Parteien wurde sodann mitgeteilt, das Gericht erachte die Durchführung einer Hauptverhandlung nicht als erforderlich. Die Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme werde als konkludenter Verzicht auf eine Hauptverhandlung entgegengenommen (Urk. 10). Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren jeweiligen Anträgen fest (Replik vom 28. Januar 2021 [Urk. 11; mit der Ergänzung, auch die Kostenfolge sei zulasten der Beklagten festzusetzen]; Duplik vom 2. März 2021 [Urk. 15]). Die Duplik wurde dem

Kläger mit Verfügung vom 8. März 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 16). Der Kläger reichte am 27. April 2021 eine weitere Eingabe ein (Urk. 17). RA Girón übermittelte am 22. Juni 2021 sodann seine Honorarnote (Urk. 18 und Urk. 19). Der Einzelrichter zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Der Kläger brachte im Wesentlichen vor, er sei vom 1. Juni 2018 bis am 21. Februar 2019 durchgehend arbeitsunfähig gewesen. Sein Leistungsanspruch sei nach dem 22. Oktober 2018 (Leistungseinstellung) noch nicht ausgeschöpft gewesen (bei einem vertraglich vereinbarten Höchstanspruch von 720 Tagen) und habe noch bis zum 21. Februar 2019 (und darüber hinaus) gedauert. Es lägen übereinstimmende echtzeitliche Bescheinigungen und auch spätere Einschätzungen von Fachärzten vor, welche bestätigten, dass er auch ab dem 23. Oktober 2018 bis vor dem 22. Februar 2019 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen sei. Es werde bestritten, dass ab dem 23. Oktober 2018 keine pneumologische Symptomatik und demzufolge keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit vorgelegen habe. Der diesbezüglichen Einschätzung von Dr. Z.____ komme kein Beweiswert zu. Mittels Aktenbeurteilung könne der Sachverhalt zudem nicht hinreichend abgeklärt werden. Hinzu komme, dass sich die Beurteilung auf den Aktenstand per 8. November 2018 stütze; weshalb die Beklagte Dr. Z.____ die zwischenzeitlich erstellten pneumologischen Berichte vom Januar und Februar 2019 nicht vorgelegt habe, sei unerklärt. In der Nachbeurteilung vom 8. November 2019 sei Dr. Z.____ schliesslich davon ausgegangen, dass unter der Annahme einer konsequenten Asthmatherapie spätestens ab November 2018, infolge guter Kontrolle des Asthmas ab Beginn des Jahres 2019 keine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit mehr vorgelegen habe. Sofern sich die Beklagte auf diesen Bericht abstützen würde, wäre von einer übereinstimmenden Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit bis Dezember 2018 auszugehen, was zu einer Teilerkennung der Klage führte. Die Einschätzung von Dr. Z.____ betreffend den Zeitraum vom 1. Januar 2019 bis 21. Februar 2019 gehe indes fehl, da ihr eine Auseinandersetzung mit den in den Berichten des Spitals B.____ erwähnten pathologischen Befunden von Husten und Atemnot bei Anstrengung beziehungsweise Staubexposition und der damit zusammenhängenden mittelschweren obstruktiven Ventilationsstörung beziehungsweise der verbleibenden leichten atemmechanischen Limitierung fehle. Der Arbeitsmediziner Dr. A.____ sei in seiner Beurteilung vom 6. März 2020 zudem von einer andauernden Arbeitsunfähigkeit bis mindestens am 21. Februar 2019 ausgegangen. Die angestammte Tätigkeit sei körperlich anstrengend und mit erheblicher Staubexposition verbunden gewesen (Urk. 1).

E. 2.2

Die Beklagte hielt hauptsächlich dafür, der CT-Befund des Thorax des Klägers vom 8. Juni 2018 sei bildgebend unauffällig gewesen. Es hätten keine Befunde erhoben werden können. Als wichtigster Therapieschritt sei ein Rauchstopp empfohlen worden. Die behandelnden Fachärzte hätten im Bericht vom 2. Juli 2018 sodann empfohlen, der Kläger solle sich möglichst seinen üblichen Tätigkeiten aussetzen. Dr. Z.____ habe die gesamten medizinischen Vorkarten berücksichtigt und sei zum Schluss gelangt, aus medizinischer Sicht sei eine Arbeitsunfähigkeit mangels objektiver Befunde nicht ausgewiesen. Es sei sodann nicht nachgewiesen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit atemwegsreizenden Stoffen ausgesetzt gewesen sei. Dass Dr. Z.____ unter der blossen Vermutung einer solchen Aussetzung bis Anfang Januar 2019 eine Arbeitsunfähigkeit annehme, ändere nichts daran, dass keine Funktionseinschränkungen objektivierbar gewesen seien und effektiv keine

Einschränkung der Arbeitsfähigkeit habe ausgewiesen werden können. Auch Dr. A.____ sei in seinem Bericht vom 6. April 2020 von einer nicht dokumentierten sowie messtechnisch nicht nachgewiesenen Staubexposition aus gegangen und habe sogar eine Arbeitsunfähigkeit über den 22. Februar 2019 hin aus angenommen. Dabei habe sich Dr. A.____ auf reine Annahmen sowie die subjektiven Aussagen des Klägers gestützt.

Es sei kein Nachweis für Funktionseinschränkungen in der relevanten Zeitspanne vom 23. Oktober 2018 bis 21. Februar 2019 erbracht worden. Trotz des Vorliegens einer bronchialen Hyperreagibilität liege eine altersentsprechende Leistungsfähigkeit vor. Weder die Diagnose eines Asthma bronchiale noch der Befund einer bronchialen Hyperreagibilität würden eine Arbeitsunfähigkeit zu begründen vermögen, solange sie nicht mit Funktionseinschränkungen verbunden seien. Hinzu komme, dass auch die Ausführungen der behandelnden Ärzte, wonach eine Staubexposition bei der Arbeit vorgelegen habe, auf reinen Vermutungen basiere. Weder sei ein entsprechender Leistungstest durchgeführt noch seien Messungen am Arbeitsplatz vorgenommen worden. Im Sinne einer Alternativbegründung machte die Beklagte schliesslich geltend, der Kläger habe trotz ärztlicher Anordnung keinen Rauchstopp vollzogen, womit eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorliege und womit auch aus diesem Grund keine Leistungspflicht bestehe (Urk. 6).

E. 2.3

In der Replik machte der Kläger wiederum im Wesentlichen geltend, eine Arbeitsunfähigkeit sei aufgrund der ärztlichen Berichte ausgewiesen. Sodann liege keine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor (Urk. 11). In der Eingabe vom 27. April 2021 brachte der Kläger erneut zum Ausdruck, dass eine Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit unabhängig von allenfalls fehlenden Leistungstests für den strittigen Zeitraum in der Gesamtschau aller Befunde und Diagnosen für die offerierten Zeuginnen und Zeugen medizinisch begründbar gewesen und dass ihm zu Recht eine Arbeitsunfähigkeit attestiert worden sei (Urk. 17).

E. 3

.

E. 3.3

Dem Bericht von Dr. E.____ vom 18. Januar 2019 (Urk. 2/14) ist zu entnehmen, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt noch immer zwei Zigaretten pro Tag rauchte und seit Juni 2018 15 Kilogramm zugenommen hatte. Dr. E.____

vermochte nach wie vor bloss eine Verdachtsdiagnose (Asthma bronchiale) zu stellen. Zwar ging sie aufgrund der Lungenfunktion (Bodyplethysmographie vom 15. Januar 2019) von einer wahrscheinlich fixierten mittelschweren obstruktiven Ventilationsstörung aus. Das Ergebnis war bei eingeschränktem Manöver aber beschränkt beurteilbar. Selbstredend hielt Dr. E.____ fest, zur Objektivierung der Beschwerden, welche weiterhin zur Krankschreibung führten, erfolge eine Spiroergometrie. Mit anderen Worten erfolgte die Krankschreibung bei mangelnder Objektivierung der Beschwerden weiterhin aufgrund der subjektiven Angaben des Klägers. Die am 22. Februar 2019 durchgeführte Spiroergometrie offenbarte schliesslich eine altersentsprechende Leistungsfähigkeit. Dr. E.____ ging, obwohl sich die nach Belastung durchgeführten Spirometriemessungen gemäss ihrer eigenen Einschätzung kooperationsbedingt nicht als genügend aussagekräftig erwiesen, von

einer leichten atemmechanischen Limitierung aus.

Bei ungenügender Kooperation und damit fehlender Aussagekraft der Testung lässt sich eine atemmechanische Limitierung jedoch nicht nachweisen, was auch die gestützt darauf von Dr. E. ___

gestellte Diagnose eines Asthma bronchiale in Frage stellt. Hingegen erweist sich als konsequent und folgerichtig, dass sie

die Atembeschwerden in erster Linie auf die Dekonditionierung des Klägers nach Verzicht auf Sport seit dem Sommer 2018 zurück führte, blieb doch die Inhalation des kurz wirksamen Bronchodilatators vor körperlicher Anstrengung subjektiv ohne Effekt auf die Anstrengungsdyspnoe. Selbst Dr. E. ___ zog nun eine funktionelle Komponente in Erwägung und attestierte dem Kläger angesichts der altersentsprechenden Leistungsfähigkeit in der Spiroergometrie aus pneumologischer Sicht keine Arbeitsunfähigkeit mehr. Im Übrigen hatte der Kläger das Rauchen mittlerweile sistiert (Bericht vom 26. Februar 2019 an Dr. C. ___

[Urk. 2/15]).

E. 3.4

Nach dem Gesagten kann aufgrund der vorstehenden echtzeitlichen Arztberichte der Hauptbeweis einer Arbeitsunfähigkeit für den eingeklagten Zeitraum vom 23. Oktober 2018 bis 21. Februar 2019 nicht erbracht werden. Dies ergibt sich auch aus der Erklärung von Dr. E. ___ an die Rechtsschutzversicherung des Klägers in der Stellungnahme vom 22. Juni 2019, wonach retrospektiv nicht beurteilt werden könne, ob zu einem früheren Zeitpunkt eine Leistungsminderung vorgelegen habe, da damals kein Leistungstest erfolgt sei (Urk. 2/16).

E. 3.7

Entgegen den klägerischen Vorbringen lässt sich mit den vorhandenen Arztberichten keine Arbeitsunfähigkeit für den eingeklagten Zeitraum vom 23. Oktober 2018 bis 21. Februar 2019 nachweisen, wobei eine beweisrechtliche

und keine medizinische Würdigung der Arztberichte im Vordergrund steht. Dementsprechend verfängt auch der Einwand des Klägers, Dr. Z. ___ verfüge nicht über die notwendigen Qualifikationen, um den vorliegenden Sachverhalt zu beurteilen, was mittels gerichtlichen Gutachtens festzustellen sei (Urk. 11 Rz. 5), nicht.

E. 3.8

Der Kläger

beantragte zur Frage des Grades und der Dauer der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit vom 23. Oktober 2018 bis 21. Februar 2019 die Einholung eines pneumologischen und arbeitsmedizinischen Gutachtens (Urk. 1 Rz. 31) und zum arbeitsmedizinischen Tätigkeitsprofil eines Akkordmaurers ein weiteres gerichtliches Gutachten (Urk. 1 Rz. 37).

Die Beklagte wandte ein, darauf könne verzichtet werden (Urk. 15 Rz. 13). Es stellt sich daher die Frage, ob das Gericht weitere Beweismittel abzunehmen hat oder in antizipierter Beweiswürdigung darauf verzichten kann. Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache, die es

insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel gewonnen hat, nicht zu erschüttern. Bei dieser Überlegung hat das Gericht zu unterstellen, dass das Beweismittel zu Gunsten der Partei ausfällt, die es angerufen hat, und dafür spricht, dass die zu beweisende Behauptung zutrifft. Die Behörde kann auf ein beantragtes Beweismittel verzichten, wenn sie ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen durfte, eine weitere Beweiserhebung würde ihre Überzeugung nicht beeinflussen. Der Gehörsanspruch ist jedoch verletzt, wenn einem Beweismittel zum vornherein jede Erheblichkeit abgesprochen wird, ohne dass hierfür sachliche Gründe angegeben werden können (Urteil des Bundesgerichts 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.1.1 mit Hinweisen). Die Beklagte wies zu Recht darauf hin, dass weder der Kläger noch seine ehemalige Arbeitgeberin noch die behandelnden Ärzte Abklärungen zur Prüfung einer Berufskrankheit aufgrund einer Staubexposition am Arbeitsplatz veranlassen konnten (Urk. 15 Rz 12). Erst zwei Jahre nach der Aufgabe der Tätigkeit als Akkordmaurer (1. Juni 2018 [Klageeinleitung am 1. Juli 2020]) will der Kläger nun entsprechende Abklärungen vornehmen lassen. Inwiefern aus solchen noch Rückschlüsse auf eine Arbeitsunfähigkeit im eingeklagten Zeitraum gezogen werden könnten, lässt sich indes nicht nachvollziehen. Kommt hinzu, dass der Kläger trotz 2 ½-monatiger Behandlung mit Symbicort und Nasenspraylässlich der pneumologischen Sprechstunde vom 18. Januar 2019 noch immer berichtete, unter Husten und erschwerter Atmung bei Anstrengung, teilweise auch unter Husten in Ruhe, zu leiden. Dabei waren zu diesem Zeitpunkt bereits mehr als sieben Monate nach der behaupteten Staubexposition verstrichen, was einen Kausalzusammenhang zwischen einer solchen und der vom Kläger (auch nach Monaten noch) beschriebenen Atemnot in hohem Umfang fraglich erscheinen lässt. Viel wahrscheinlicher erscheint, dass der Husten und die subjektiv empfundene Atemnot mit dem noch immer nicht sistierten Tabakkonsum (zumindest zwei Zigaretten pro Tag bis spätestens am 22. Januar 2019 [Urk. 2/14]; früher ein bis anderthalb Päckchen pro Tag [Urk. 2/9 Anhang S. 2]) in Zusammenhang standen, denn erst nachdem der Kläger das Rauchen aufgegeben hatte, stellte sich eine subjektive Verbesserung ein (vgl. Urk. 2/15 f. und Urk. 2/17). Es kann somit festgehalten werden, dass

ernsthafte Zweifel an den Einschätzungen

von Dr. F.____ und Dr. A.____ betreffend eine staubinduzierte Arbeitsunfähigkeit bestehen. Es rechtfertigt sich indessen nicht, auf ärztliche Mutmassungen hin weitere Beweismittel abzunehmen (gerichtliche Gutachten [Urk. 1 Rz 31 und Urk. 11 Rz 13]), zumal nicht zu erwarten ist, dass dadurch neue Erkenntnisse gewonnen werden können. Ebenso sind von einer Befragung des Klägers sowie der Ärzte Dr. E.____, Dr. F.____ und Dr. A.____, von der Einholung einer schriftlichen Auskunft der ehemaligen Arbeitgeberin und von einem gerichtlichen Gutachten zum arbeitsmedizinischen Tätigkeitsprofil eines Akkordmaurers keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. Die Vermutung von Dr. E.____, es liege eine obstruktive Ventilationsstörung (vgl. E. 3.3) vor, wurde von Dr. F.____

überdies widerlegt (vgl. E. 3.5 [erfreulicherweise finde sich aktuell keine obstruktive oder restriktive Ventilationsstörung bei normaler CO-Diffusionskapazität]). Damit kann auch von weiteren Abklärungen in Bezug auf die «Objektivität» der mittels Bodyplethysmographie erhobenen Befunde und Ergebnisse Abstand genommen werden (vgl. die Beweisofferten in Urk. 11 Rz. 7).

E. 3.9

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Kläger der Nachweis für die von der Beklagten mit den vertrauensärztlichen Einschätzungen substantiiert bestrittene Arbeitsunfähigkeit vom 23. Oktober 2018 bis zum 21. Februar 2019 misslungen ist und dass in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme weiterer Beweismittel verzichtet werden kann. Die Beschwerdegegnerin verneinte eine Leistungspflicht für die eingeklagte Zeitperiode somit zu Recht. 4.

4.1

Die Beschwerdegegnerin war aber auch gemäss Art. 12 Abs. 1 der Allgemeinen Bedingungen berechtigt, ihre Leistungen zu verweigern. 4.2

In der Gesundheitsschäden abdeckenden Personenversicherung ist die versicherte Person gehalten, sich in fachgemässe ärztliche Behandlung zu begeben und sich den indizierten medizinischen Massnahmen zu unterziehen, soweit daraus erfahrungsgemäss keine Gefahr für Leib und Leben resultiert, eine Heilung oder wesentliche Verbesserung des Gesundheitsschadens sicher oder mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und die Behandlung keine übermässigen Schmerzen verursacht (Süsskind, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Nachführungsband, Basel 2012,

Art. 61 N 14 und 16 mit Hinweisen). Dieser Grundsatz ergibt sich aus der in Art. 61 VVG normierten Rettungspflicht, deren Verletzung Leistungskürzungen nach sich ziehen kann. Da Art. 61 VVG dispositiver Natur ist (vgl. Art. 97 f. VVG) gehen vertragliche Regelungen der gesetzlichen Regelung vor. Die dem Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und der ehemaligen Arbeitgeberin des Klägers (vgl. Urk. 7/56 S. 4) zu Grunde liegenden Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektiv-Krankenversicherung (Ausgabe 2008) regeln die Schadenminderungspflicht ausdrücklich. Gemäss Art. 10 Ziff. 1 lit. a AB hat die versicherte Person unverzüglich einen Arzt beizuziehen und für fachgemässe Behandlung zu sorgen sowie den Anordnungen des Arztes und des Chiropraktors Folge zu leisten, wenn ein versichertes Ereignis voraussichtlich Anspruch auf Versicherungsleistungen gibt. Gemäss Art. 12 Ziff. 1 AB ist die Gesellschaft bei Nichterfüllung der vertraglichen Obliegenheiten berechtigt, die Leistungen zu verweigern oder zu kürzen. Vorbehalten bleibt der Nachweis einer unverschuldeten Obliegenheitsverletzung (Urk. 7/54 S. 11). 4.3

Es ist aktenkundig, dass dem Kläger bereits anlässlich der ersten Notfallkonsultation vom 13. Juni 2018 als wichtigster nächster Therapieschritt ein Rauchstopp nahegelegt wurde. Der Kläger gab an, dies verstanden zu haben und eine Unterstützung mittels Nikotinplasters nicht wahrnehmen zu wollen (Urk. 2/7 S. 2). Er reduzierte seinen Nikotinkonsum in der Folge zwar, sistierte ihn bis 18. Januar 2019 (Urk. 2/14) jedoch nicht. Damit ist erstellt, dass der Kläger eine vertragliche Obliegenheit gemäss Art. 10 Ziff. 1 lit. a AB verletzte, was die Beklagte zur Verweigerung der Leistungen berechtigt. 4.4

Das Argument des Klägers, es habe keine ärztliche Anordnung vorgelegen und es sei nie ein Rauchstopp verordnet worden (Urk. 11 Rz 26), geht

fehl. Ein Rauchstopp wurde als

« wichtigster nächster Therapieschritt »

empfohlen, womit der Anforderung an eine ärztliche Anordnung Genüge getan wurde; ärztliche Anordnungen gehen nie über Empfehlungen hinaus, steht dem Arzt selbst doch

keine Möglichkeit zur Durchsetzung
seiner Anordnungen zur Verfügung.

Der Kläger dringt auch mit seinen Einwänden, niemand sei gehalten, unwirksame Massregeln zu ergreifen und das Rauchen habe nicht zur Arbeitsunfähigkeit geführt, sondern die davon unabhängige Krankheit Asthma (Urk. 11 Rz 27-30), nicht durch. Bei Vorliegen eines möglichen Asthmas hätten die vollständige Abstinenz vom Tabakkonsum und die Vermeidung einer passiven Exposition gegenüber Tabakrauch wichtige therapeutische Massnahmen dargestellt (vgl. die « Nationale Versorgungsleitlinie » betreffend Asthma, a.a.O., Ziff. 6.5 S. 78). Dementsprechend wurde ein Rauchstopp von ärztlicher Seite her auch als « wichtigster nächster Therapieschritt » bezeichnet.

Damit steht die Wirksamkeit der Massnahme nicht in Frage. Dasselbe gilt für die Zumutbarkeit des Rauchstopps, gelang es dem Kläger letztlich doch, auf das Rauchen zu verzichten. Danach stellte sich auch eine subjektive Verbesserung ein (vgl. Urk. 2/15 f. und Urk. 2/17). Vor diesem Hintergrund versteht sich von selbst, dass das Argument des Klägers, er habe schon seit Jahren geraucht und seine Arbeit vor Krankheitsausbruch trotz des Rauchens verrichten können (Urk. 11 Rz 29), nicht zu überzeugen vermag.

Entgegen den klägerischen Ausführungen oblag es der Beklagten nicht, den Kläger aufzufordern, konkrete medizinische Massnahmen umzusetzen, und ihm eine angemessene Bedenk- und Umsetzzeit einzuräumen (Urk. 11 Rz 32). Zum einen sehen die AB kein solches Vorgehen vor. Zum anderen ist Art. 21 Abs. 4 ATSG bloss analog anzuwenden, soweit diese Bestimmung Ausdruck einer Konkretisierung der Regeln des Handelns nach Treu und Glauben ist. In Art. 61 VVG fehlt eine Abmahnungspflicht zulasten des Versicherers, sodass eine Leistungskürzung auch ohne vorherige Verwarnung möglich ist (Süsskind, a.a.O., Art. 61 N 14 und 16 mit Hinweisen). Der Kläger vermochte den Nachweis einer unverschuldeten Obliegenheitsverletzung im Sinne von Art. 12 Ziff. 1 somit nicht zu erbringen. 5.

Nach dem Gesagten erweist sich die Klage als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

E. 5

Daran ändert auch der Bericht von Dr. med. F.____, Leitender Arzt der Pneumologie des Spitals B.____, vom 25. September 2019 nichts.

Dieser hielt

fest, der Kläger berichte unter der initial regelmässigen Inhalationstherapie mit Symbicort und Lukair über die letzten Monate über eine deutlich verbesserte Belastbarkeit gegenüber früheren Konsultationen. Während der letzten fünf Wochen habe er sogar keine Inhalationstherapie mehr durchgeführt und Singulair nicht mehr eingenommen. Er habe trotzdem das Gefühl, gesund und leistungsfähig zu sein. Zudem habe sich eine berufliche Veränderung ergeben und er habe eine Stelle als Vorarbeiter mit viel mehr Bürotätigkeit. Wenn er gelegentlich auf eine Baustelle gehe, dann mit Maske. Er verrichte keine schweren körperlichen Arbeiten mehr. Dr. F.____ gelangte zum Schluss, aktuell sei das Asthma bronchiale trotz lediglich gelegentlich eingesetzter Bedarfsmedikation mit Symbicort gut kontrolliert. Erfreulicherweise finde sich aktuell keine obstruktive oder restriktive Ventilationsstörung bei normaler CO-Diffusionskapazität. Als weiteres Indiz für ein relevantes Asthma bronchiale könne heute jedoch eine schwere bronchiale Hyperreagibilität nachgewiesen werden. Der frühzeitige und auch genügend lang dauernde Einsatz von

Symbicort sei deshalb nochmals diskutiert und erklärt worden. Wahrscheinlich durch den Wechsel des Arbeitsplatzes mit nun deutlich weniger körperlicher Arbeit und auch weniger Staubbelastung habe sich die Situation zwischenzeitlich deutlich beruhigt. Trotzdem sei auch künftig mit gelegentlichen asthmatischen Beschwerden zu rechnen. Insbesondere bei unteren Atemwegsinfekten, vermehrter körperlicher Aktivität, Exposition in kalter oder trockener beziehungsweise staubiger Umgebung oder bei noch unbekanntem asthmatischen Triggern müsse sich der Kläger dessen gewahr sein (Urk. 2/17). Eine schwere bronchiale Hyperreagibilität wurde erst im September 2019 nachgewiesen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese erst nach dem 21. Februar 2019 aufgetreten ist, sind keine Rückschlüsse betreffend die Zeitperiode vom 23. Oktober 2018 bis 21. Februar 2019 zulässig. Selbst wenn eine schwere bronchiale Hyperreagibilität bereits im fraglichen Zeitraum bestanden hätte, könnte daraus keine Arbeitsunfähigkeit abgeleitet werden, denn es ist mit Dr. Z.____ in dessen Nachbeurteilung vom 8. November 2019 (Urk. 2/18) festzustellen, dass nach wie vor nicht nachgewiesen wurde, dass der Kläger in seiner bisherigen Tätigkeit atemwegsreizenden Stoffen oder Allergenen ausgesetzt gewesen war. Auch Dr. F.____ stützte sich diesbezüglich lediglich auf die subjektiven Angaben des Klägers, was sich der Formulierung, eine Beruhigung der Situation habe sich «wahrscheinlich durch den Wechsel des Arbeitsplatzes mit nun deutlich weniger körperlicher Arbeit und auch weniger Staubbelastung» ergeben, entnehmen lässt.

3.

E. 6

.2

Die Beklagte wurde nicht durch einen externen Anwalt vertreten. Sie hat somit praxisgemäss – mangels eines besonderen Aufwandes (vgl. BGE 110 V 72 E. 7) – keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2). Der Einzelrichter erkennt:

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