

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00038**

## **vom 5. Januar 2022**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-01-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2020.00038](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2020.00038)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00038 du 5 janvier 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00038 del 5 gennaio 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Sie sind privatrechtlicher Natur (BGE 138 III 2 E. 1.1). Kollektive Krankentaggeldversicherungen werden vom Bundesgericht wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 142 V 448 E. 4.1).

#### **E. 1.2**

Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale 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**

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 Stoff 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).

#### **E. 1.4**

Nach 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. Der Eintritt des Versicherungsfalls ist nach diesen Grundsätzen vom Anspruchsberechtigten zu beweisen. Ist eine Krankentaggeldversicherung als Schadenversicherung ausgestaltet, setzt der Eintritt des Versicherungsfalls einen Schaden - namentlich einen Erwerbsausfall - voraus. Dabei gilt das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Dem Versicherer steht gemäss

Art. 8 ZGB das Recht auf Gegenbeweis zu. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist nur erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (Urteil des Bundesgerichts 4A\_592/2015 vom 18. März 2016 E. 3 mit Hinweisen).

### **E. 1.5**

Im Rahmen eines Gutachtens hat die sachverständige Person aufgrund ihres Fachwissens über allgemein und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft zu geben. Der Gutachter ist im Gegensatz zum (allenfalls sachverständigen) Zeugen, der über eigene Wahrnehmungen aussagt, ersetzbar, weshalb er vom Gericht bestimmt wird. Von den Parteien in Auftrag gegebene Stellungnahmen sind, soweit sie über allgemein und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft geben, über die eine beliebige sachverständige Person Auskunft geben könnte, nach dem Willen des Gesetzgebers für sich allein nicht zum Beweis geeignet und fallen insoweit auch nicht unter den Begriff der Urkunde (BGE 141 III 433 E. 2.5.3 und E. 2.6). Von der Versicherung veranlasste Aktengutachten sind Musterbeispiel derartiger Parteigutachten. Denn die Akten können zur Beantwortung allfälliger Fachfragen jeder beliebigen sachverständigen Person unterbreitet werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.2.1).

Allerdings ist zu beachten, dass nur Tatsachenbehauptungen bewiesen werden müssen, die ausdrücklich bestritten sind. Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden meist besonders substantiiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substantiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten allein diese grundsätzlich nicht zu beweisen. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass sie allenfalls als Parteibehauptungen zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis erbringen (BGE

141 III 433 E. 2.6). 1.

### **E. 1.6**

Am 17. Dezember

2018 unterzog sich der Versicherte einer weiteren Hüftoperation (Urk. 9/48 S. 3). Die SWICA zog sodann wiederholt die Akten der IV-Stelle des Kantons Aargau bei (Urk. 9/50, Urk. 9/61, Urk. 9/63). Am 19. Oktober

2018 und am 7. Oktober 2019 verzichtete sie auf die Einrede der Verjährung bis zum 31. Dezember

2019 respektive bis zum 31. Dezember

2020 (Urk. 9/ 57 S. 22 , Urk. 9/ 64). Am 25. September

2019 stellte sich die SWICA abermals auf den Stand punkt, bis zur Versicherungsdeckung habe kein Nachweis einer krankheits bedingten Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % bestanden (Urk. 9/60 S. 2). Mit Verfügung vom 22. November 2019 sprach die IV-Stelle des Kantons Aargau dem Versicherten eine befristete, abgestufte Rente der Invalidenversicherung zu (eine halbe Rente vom 1. Januar

2018 bis 28. Februar 2019, eine ganze Rente vom 1. März bis zum 31. Juli 2019 und wiederum eine halbe Rente vom 1. August bis zum 31. Oktober 2019, Urk. 9/68 S. 1).

### **E. 1.7**

Das Recht auf Beweis wird durch die Nichtabnahme von beantragten Beweismitteln nicht verletzt, wenn das Gericht – ohne dabei in Willkür verfallen zu sein – bei pflichtgemässer antizipierter Beweismittelwürdigung zur Überzeugung gelangt, die Beweismittel vermögen keine Klärung herbeizuführen, seien zur Erbringung des Beweises untauglich oder könnten die bereits gebildete Überzeugung so oder so nicht mehr umstossen (Urteile des Bundesgerichts 4A\_571/2016 vom 23. März 2017 E. 4.1, 4A\_626/2015 vom 24. Mai 2016 E. 2.4, sowie 4A\_491/2014 vom 30. März 2015 E. 2.5 mit Hinweisen). 2.

### **E. 2**

Am 3. Juli 2020 erhob der Versicherte Klage gegen die SWICA und beantragte, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm Fr. 53'549.35 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 38'899.10 seit dem 22. Juni 2018 , auf den Betrag von Fr. 28'489.50 seit 19. Februar

2019 und auf den Betrag von Fr. 10'628.75 seit 13. Juni

2019 (Urk. 1 S. 2). Die Beklagte schloss in der Klageantwort vom 29. Oktober

2020 auf Abweisung der Klage (Urk. 8 S. 2). Mit Replik vom 14. Dezember

2020 wiederholte der Kläger seine Anträge und ersuchte erneut um Gutheissung der Klage (Urk. 12 S. 2 und 8). Die Beklagte hielt in ihrer Duplik vom 22. Januar 2021 an ihrem Rechtsbegehren fest (Urk. 17 S. 2). Dies wurde dem Kläger mit Verfügung vom 27. Januar 2021 zur Kenntnis gebracht (Urk. 18). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Der Kläger macht geltend, s eine Arbeitsunfähigkeit sei bereits seit November 2017 ausgewiesen. Dr. B.\_\_\_\_ sei sich lediglich über die Höhe derselben noch nicht im Klaren gewesen, was angesichts der Komplexität des Beschwerdebildes durch aus nachvollziehbar erscheine ( Urk. 1 S. 11). Das Anliegen von Dr. B.\_\_\_\_ habe nicht darin bestanden, über die Arbeitsunfähigkeit zu entscheiden, sondern bei der Festlegung der Höhe derselben mitzuwirken

(Urk. 1 S. 12). Dr. med.

D.\_\_\_\_ , Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, vom Regionalen Ärztlichen Dienst (RAD) der IV-Stelle habe die Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als Wirt festgelegt . Diese habe ab dem 19. April 2018 50 % betragen , ab dem 17. Dezember 2018 0 % , ab dem 26. April 2019 50 % und schliesslich ab

dem 1. August 2019 80 % (Urk. 1 S. 13). Es bestehe daher kein Zweifel am Vorliegen einer anspruchsbegründenden Arbeitsunfähigkeit, auch nicht an der durch den RAD-Arzt beurteilten Höhe der selben . Die Arbeitsunfähigkeit sei sodann nicht erst am 2. Februar 2018, sondern bereits im November 2017 gemeldet worden ( Urk. 1 S. 14). Die Berechnung der Taggelder ergebe einen Betrag von Fr. 78'017.3 5. Abzüglich der vom 1. Januar 2018 bis 31. Juli 2019 erhaltenen Rente der Invalidenversicherung in der Höhe von Fr. 24'468.-- ergebe dies ein en Betrag von Fr. 53'549.35 (Urk. 1 S. 15 f.).

### **E. 2.2**

Die Beklagte bestr eitet ihre Leistungspflicht mit der Begründung, bis Ende 2017 und somit bis zum Ende der Vertragsdauer sei ärztlicherseits keine über 25 %ige Arbeitsunfähigkeit bestätigt worden. Die Ausführung des Klägers, wonach ge stützt auf den Bericht von Dr. B.\_\_\_\_ vom 29. November 2017 eine Arbeits unfähigkeit ausgewiesen sei, sei nicht nachvollziehbar (Urk. 8 S. 7). Es sei nicht dokumentiert, dass im November 2017 eine Zustandsverschlechterung stattge funden habe, welche zu einer mindestens 25%igen Arbeitsunfähigkeit geführt und damit zu Taggeldern berechtigt habe . Die nachträglich attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit sei ebenso wenig nachvollziehbar (Urk. 8 S. 8). Im Unterschied zur Sozialversicherung treffe sie als private Krankentaggeldversicherung grund sätzlich keine Abklärungspflicht. Sämtliche Anspruchsvoraussetzungen seien vom Kläger nachzuweisen , worauf s ie ihn mehrmals hingewiesen habe . Auch aus den Akten der Invalidenversicherung lasse sich keine Arbeitsunfähigkeit für das Jahr 2017 ableiten (Urk. 8 S. 9).

### **E. 2.3**

In seiner Replik ergänzte der Kläger, es stelle sich die Frage der Nachleistungs pflicht gemäss Art. 16 Abs. 5 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB). Sein Hausarzt habe mit Bericht vom 29. November 2017 dem Grunde nach eine Arbeitsunfähigkeit angemeldet (Urk. 12 S. 2). Das Auseinanderfallen der Krank heitsmeldung und der Bestimmung der konkreten Arbeitsunfähigkeit sei für die verfahrensrelevante Frage des Eintrittes eines Versicherungsfalles während der Vertragsdauer unschädlich (Urk. 12 S. 3). Er habe im Ergebnis mit dem geforder ten Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit dargelegt und bewiesen, dass er im Zeitpunkt der Leistungsanmeldung bei der Beklagten am 29. November 2017 zu 50 % arbeitsunfähig gewesen sei (Urk. 12 S. 6 f.).

### **E. 2.4**

Die Beklagte hielt in ihrer Duplik erneut fest, es sei keine mindestens 25%ige Arbeitsunfähigkeit im Jahr 2017 nachgewiesen . Gemäss Ausführungen des Klä gers sei dieser am 26. April 2019 wiederum erkrankt und zu 50 % arbeitsunfähig gewesen (Urk. 17 S. 3). Dieser erneute Versicherungsfall im Jahr 2019 sei nicht versichert (Urk. 17 S. 4). 3.

#### **3.1**

Gemäss Police-Nr. «...» vom 2 1. November 2015, gültig vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember

2017 (Urk. 9/69 S. 1) , war der Kläger als Arbeitgeber i m Rahmen der zwischen ihm und der Beklagten abgeschlossenen kollektiven Krankentaggeldversicherung gemäss VVG für ein Krankentaggeld von 80 % des versicherten Lohnes bei einer Leistungsdauer von 720 Tagen abzüglich einer War tefrist von 30 Tagen versichert (Urk. 9/69 S. 2). 3.2

Laut den hier anwendbaren AVB ( Ausgabe 2015, Urk. 9/73) gilt als Krankheit jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist, die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Art. 7 Ziff. 1 AVB). Arbeitsunfähigkeit ist unter anderem die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf zumutbare Arbeit zu leisten (Art. 7 Ziff. 2 AVB). Ist die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig, so wird gemäss Art. 13 Ziff. 1 AVB bei voller Arbeitsunfähigkeit das im Vertrag aufgeführte Taggeld bis zur Höhe des nachgewiesenen Erwerbsausfalles bezahlt. Gemäss Art. 13 Ziff. 2 AVB wird das Taggeld bei einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet. Dauert die Krankheit länger als einen Monat, wird monatlich ein Zeugnis über Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit benötigt (Art. 20 Ziff. 3 Satz 1 AVB).

Für die versicherte Person erlischt der Versicherungsschutz unter anderem mit Beendigung des Versicherungsvertrags (Art. 11 Abs. 3 lit. b AVB). Bei der definitiven Betriebsaufgabe erlischt die Versicherungspolice inklusive der Versicherungsdeckung für den Betriebsinhaber mit dem Aufgabedatum. Vorbehalten bleibt der Übertritt in eine Einzelversicherung gemäss Art. 43 AVB (Art. 10 der anwendbaren besonderen Versicherungsbedingungen für das Gastgewerbe, BVB, Ausgabe 2015, Urk. 9/22 S. 15, Urk. 9/69 S. 1). Nach Erlöschen des Versicherungsschutzes bezahlt die Versicherungsträgerin nach Art. 16 Ziff. 5 AVB das Taggeld für Krankheiten, die während der Vertragsdauer eingetreten sind, bis die versicherte Person wieder mindestens 75 % arbeits- oder erwerbsfähig ist, jedoch maximal bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer. 3.3

Für einen Anspruch auf Taggeldleistungen hat der Kläger demnach

eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % nachzuweisen. Strittig und zu prüfen ist, ob der Schadenfall während der Dauer des Versicherungsschutzes - also bis am 31. Dezember 2017 - eingetreten ist. 4.4.1

Was die Beweislage hinsichtlich der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit betrifft, liegen folgende ärztlichen Stellungnahmen in den Akten: 4.2

Mit Bericht vom 1. November 2017 zuhanden der IV-Stelle des Kantons Aargau erklärte Dr. B. \_\_\_\_

zur Frage der medizinisch begründeten Arbeitsunfähigkeit für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit, der Kläger habe bisher kein Arbeitsunfähigkeitszeugnis von ihm erhalten.

Der Kläger habe - als Selbständigerwerbstätiger - nicht nach einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangt. Er habe wiederholt erklärt, nicht mehr die gleiche Leistung erbringen zu können. Er sei bei der Arbeit verlangsamt und zunehmend auf fremde Hilfe angewiesen. Die bisherige Tätigkeit sei noch zumutbar, gemäss Kläger allerdings nicht mehr gleich wie vor der Hüftoperation (Urk. 9/54 S. 9). Die Leistungsfähigkeit des Klägers sei vermindert, eine Quantifizierung durch ihn - Dr. B. \_\_\_\_ - sei jedoch nicht möglich. Sie sei mittels einer arbeitsmedizinischen Abklärung zu evaluieren (Urk. 9/54 S. 10). 4.3

Mit Schreiben vom 29. November 2017 wandte sich Dr. B. \_\_\_\_ an den vertrauensärztlichen Dienst der Beklagten. Als Betreff vermerkte er «Ad zeitnahe vertrauensärztliche Beurteilung». Dabei nannte er als Diagnose unter anderem einen anteromedialen

Hüft/Oberschenkelschmerz rechts unklarer Ätiologie vom mechanischen Typ seit der Hüft-Totalendoprothese rechts im Dezember

2014.

Dazu ergänzte er, der Kläger habe ihn am 27. November 2018 (richtig: 2017, vgl. Urk. 9/24 S. 1) in seiner Praxis aufgesucht zwecks Kontrolle und Besprechung des weiteren Prozederes im Zusammenhang mit den Hüft- und Beckenbeschwerden. Der Kläger habe ihm mitgeteilt, er fühle sich ab dato nicht mehr in der Lage, die Arbeit in seinem eigenen Betrieb (Wirt/Gastgewerbe) ausführen zu können, da er aufgrund der Schmerzen die körperlich anspruchsvolle Tätigkeit nicht mehr erledigen könne. Die Arbeit sei schwer und biete auch wenig bis keine Gelegenheit, «anders» zu arbeiten (beispielsweise in Form von Büroarbeit oder allgemeinen leichten Arbeiten etc.). Weiter habe der Kläger ausgeführt, er habe bereits dafür gesorgt, dass andere seine Arbeit erledigen würden, damit er entsprechend entlastet sei und somit sei er aktuell und bis auf Weiteres als zu 100 % arbeitsunfähig einzustufen. Dr. B. \_\_\_\_

erklärte in der Folge, dass

er dem Kläger bisher keine Arbeitsunfähigkeit bescheinigt habe. Er bitte um eine Beurteilung und Prozedere-Empfehlung aus Sicht der Taggeldversicherung betreffend die Situation und die Arbeitsunfähigkeit (Urk. 9/5). 4. 4

Am 6. März

2018 beurteilte Dr. D. \_\_\_\_ vom RAD

die Aktenlage. Er bejahte aufgrund der Insertionstendinopathie im Bereich der rechten Hüfte eine dauernde Einschränkung der funktionellen Leistungsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als Wirt seit Frühjahr 2016. Der Verlauf der Arbeitsfähigkeit gestaltete sich wie folgt: 0 % seit 9. Dezember 2014 (Hüftoperation), 100 % ab 10. März 2015, 80 % ab 15. April 2016 (gemäss der Beklagten), 0 % seit 27. November 2017 (gemäss dem Brief des Hausarztes, Urk. 9/54 S. 5).

Laut Einwand des Klägers vom 10. September 2018 auf den Vorbescheid der IV Stelle hin, hatte der RAD-Arzt seine Einschätzung vom 6. März 2018 in einer weiteren - nicht bei den Akten liegenden - Stellungnahme vom 19. April

2018 aufgrund eines nochmaligen eingehenden Studiums des Dossiers korrigiert. Er habe nun die Auffassung vertreten, in der angestammten Tätigkeit als Wirt bestehe seit dem 27. November

2017 eine maximal 30%ige Einschränkung aufgrund der Insertionstendinopathie (Urk. 9/42 S. 4).

4. 5

Mit E-Mail vom 20. März

2018 wandte sich Dr. B. \_\_\_\_ nochmals an die Beklagte und erklärte, er habe bisher nichts von ihr gehört, bis auf das am Tag zuvor geführte Telefongespräch. Der Kläger wolle nun endlich vorwärts machen (Urk. 9/24 S. 1). Er werde keine Arbeitsunfähigkeit ausstellen, da seine Korrespondenz klar und deutlich formuliert sei, vor allem der letzte Satz in Kombination mit der Festlegung des Klägers, welcher sich zu 100 % arbeitsunfähig einstuft (Urk. 9/24 S. 2).

Am 11. April 2018 attestierte Dr. B.\_\_\_\_ dem Kläger eine 100%ige Arbeits unfähigkeit seit dem 27 . November 201 7. Er führte aus, der Kläger habe bis im Februar 2018 nichts von der Beklagten gehört und habe wiederholt im März 2018 seine Praxis aufgesucht, um das weitere Vorgehen zu besprechen, da er in der Annahme gewesen sei, dass die Frage der Arbeitsunfähigkeit bei der Beklagten diskutiert werde. Der letzte Satz in seinem Schreiben vom November

2017 sei unmissverständlich klar und er verstehe nicht, weshalb die Beklagte diese s nicht beantwortet habe. Dies hätte möglicherweise den aktuellen Verlauf betreffend die Arbeitsunfähigkeit vereinfacht. Gerne folge er nun der telefonisch erhaltenen Empfehlung, den Kläger nach Treu und Glauben ab dem 27. November

2017 zu 100 % krank zu schreiben und er wiederhole seine Aufforderung betre ffend die Prozedere-Empfehlung aus Sicht der Beklagten unter Berücksichtigung seiner Korrespondenz vom November

201 7. Aus hausärztlicher Sicht empfehle er ein Gutachten, um die restlichen Ressourcen des Klägers zu quantifizieren (Urk. 9/32 S. 1). 4 .

## **E. 6**

In der versicherungsmedizinischen Beurteilung vom 4. März 2019 zuhanden der Rechtsvertrete rin des Klägers führte Dr. med.

E.\_\_\_\_ , Facharzt für Allge meine Innere Medizin und Arbeitsmedizin, aus, die Befunde hätten eindeutig eine andere Schmerzursache als die bisher angenommene ergeben. In Kenntnis der effektiven Schmerzursache sei dem Kläger retrospektiv betrachtet die körperlich anstrengende Tätigkeit als Gastronom seit dem Beginn der regelmässigen Schmerzen nicht mehr zumutbar gewesen

(Urk. 9/48 S. 9). 4 .

### **E. 6.1**

Der Kläger macht gestützt auf die Arbeitsfähigkeitsb eurteilung des RAD-Arztes und ausgehend von einem versicherten Taggeld (bei Arbeitsunfähigkeit [ AUF ] von 100 % ) von Fr. 219.15 (0.8 x Fr. 100'000 .-- : 365)

folgende

Taggeldansprüche geltend :

von

bis

Total Tage

AUF-Grad (%)

Taggeldbetrag

27.11.2017

26.12.2017

30

50

0.00

27.12.2017

16 .

### **E. 6.2**

Demgegenüber brachte die Beklagte vor, zwar habe sich das Einkommen des Klägers - wenn man von der Buchhaltungsanalyse ausgehe - im Vergleich zu den Vorjahren verringert, es habe jedoch noch weit über dem bei ihr versicherten Jahresverdienst von Fr. 100'000.-- gelegen.

Für eine Erwerbseinbusse im Bereich über diesem Betrag hafte sie jedoch nicht, da dieses Einkommen nicht bei ihr versichert sei ( Urk. 8 S. 10). Der vereinbarte Jahresverdienst gelte nicht als Summen- sondern als Schadensversicherung ( Urk. 8 S. 9). Aus den Akten der Invalidenversicherung sei ersichtlich, dass der Kläger gemäss ZIK im Jahr 2017 ein Einkommen von Fr. 198'525.15 beziehungsweise gemäss Buchhaltungsanalyse ein solches von Fr. 141'659.70 erzielt habe. Eine Rückfrage bei der Ausgleichskasse GastroSocial habe ergeben, dass folgende AHV-Beiträge provisorisch abgerechnet worden seien: Fr. 162'800.-- im Jahr 2015, Fr.

163'100. im Jahr 2016, Fr. 163'800.-- im Jahr 2017 und Fr. 163'100.-- im Jahr 2018. Es werde beantragt, dass das Gericht die effektiven Zahlen bei der Gastro Social

in Erfahrung bringe . Der im Jahr 2018 eingeholte IK-Auszug sei nur bis ins Jahr 2014 nachgeführt. Da keine bei ihr versicherte Erwerbseinbusse des Klägers vorliege, sei die Klage auch aus diesem Grund abzuweisen ( Urk. 8 S. 10).

### **E. 6.3**

Mit Replik vom 14. Dezember 2020 führte der Kläger aus, es liege eine im Rahmen der Schadensversicherung erforderliche Erwerbseinbusse vor. Die von der Beklagten behauptete Abrechnung von AHV-Beiträgen für das Jahr 2018 in Höhe von Fr. 163'100.-- werde ausdrücklich bestritten. Er habe sein Einzelunternehmen Anfang 2018 aufgrund seiner erheblichen gesundheitlichen Einschränkungen in eine GmbH umgewandelt und zwei Drittel der Gesellschaftsanteile für Fr. 75'000. -

verkauft . Einen Arbeitslohn habe er im Jahr 2018 nicht erhalten. Dies sei durch die E-Mail der GastroSocial vom 10. Dezember 2020 bestätigt worden. Am 1. Januar 2019 habe er ein sozialversicherungsrechtliches Anstellungsverhältnis bei der C.\_\_\_\_ GmbH begonnen. Gemäss Lohnjournal für das Jahr 2019 sei ein Jahreslohn von Fr. 70'032.-- ausbezahlt worden ( Urk. 12 S. 7 f.).

### **E. 6.4**

In ihrer Duplik vom 22. Januar 2021 hielt die Beklagte fest, die Rückfrage bei der GastroSocial habe ergeben, dass auch im Jahr 2018 hohe AHV-Beträge abgerechnet worden seien - möglicherweise aufgrund von Lohn aus der aufgegebenen Gesellschaft. Es werde geltend gemacht, dass der Kläger ab 1. Januar 2019 wieder arbeitstätig gewesen sei und Lohn von der C.\_\_\_\_ GmbH bezogen habe. In der Police dieser Gesellschaft vom 5. Juli 2018 mit Vertragsbeginn am 25. Juni 2018 sei auf Seite 2 Folgendes festgehalten: «Herr X.\_\_\_\_ wird keinen Lohn über die GmbH beziehen, vormals versichert «... » .» Damit sei vertraglich ausgeschlossen worden, dass der Kläger seinen Lohn wieder bei ihr versichern und damit wieder Taggelder beziehen könne. Damit lösten die mit der Replik ein gereichte

Lohnabrechnung des Jahres 2019 sowie die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit mangels Versicherungsdeckung keine Taggeldleistungspflicht aus. Gemäss den Angaben des Klägers in der Klageschrift (Seite 13) sei er am 17. Dezember

2018 wieder zu 100 % arbeitsfähig gewesen. Am 26. April 2019 sei er erneut erkrankt mit einer Arbeitsunfähigkeit von 50 %. Dieser erneute Versicherungsfall sei nicht unter der erwähnten Police versichert. Ein durchgehender Krankheitsfall seit November 2017 werde auch seitens des Klägers nicht geltend gemacht. Gemäss Art. 15 Ziff. 3 der Gastro AVB 2015 seien sodann Rückfälle nach Erlöschen des Kollektivversicherungsschutzes nur im Rahmen der Taggeldhöhe der bei der Beklagten bestehenden Einzeltaggeldversicherung versichert. Eine Einzelversicherung bestehe aber unbestrittenemassen nicht. Somit könne hinsichtlich des Krankheitsfalles im Jahr 2019 auch keine Leistungspflicht aus der Police des Klägers ( C.\_\_\_\_ GmbH ) abgeleitet werden ( Urk.

## **E. 7**

Am 28. Mai

2019 legte die IV-Stelle das Dossier nochmals dem RAD-Arzt

Dr. D.\_\_\_\_ vor und forderte ihn auf, die Arbeitsfähigkeit des Klägers als selbständiger Wirt ab der letzten Stellungnahme vom 19. April

2018 zu beurteilen. In seiner Stellungnahme vom 12. Juni

2019 schätzte der RAD-Arzt die Arbeitsfähigkeit daraufhin auf 50 % ab dem 19. April

2018, 0 % ab dem 17. Dezember

2018, 50 % ab dem 26. April 2019 und 80 % ab dem 1. August 2019 (Urk. 9/62 S. 3).

Die IV-Stelle sprach dem Kläger gestützt darauf mit Verfügung vom 22. November

2019 eine befristete, abgestufte Rente vom 1. Januar

2018 bis zum 31. Oktober 2019 zu ( eine halbe Rente vom 1. Januar bis 28. Februar 2019, eine ganze Rente vom 1. März bis 31. Juli 2019 und schliesslich eine halbe Rente vom 1. August bis 31. Oktober 2019, Urk. 2/22 S. 2 f.). 5 . 5 . 1

Der Kläger macht Taggelder für den Zeitraum zwischen dem 27. Dezember

2017 und dem 31. Juli 2019 von insgesamt Fr. 53'549.35 ( Fr. 78'017.35 abzüglich der erhaltenen Rentenzahlungen der Invalidenversicherung von Fr. 24'468.-- ), zu züglich Zins von 5 %, geltend (Urk. 1 S. 15 f. ). Unstrittig ist, dass der Kläger den Betrieb seiner Einzelfirma Z.\_\_\_\_

per 31. Dezember

2017 aufgab (Urk. 9/38). Ebenfalls unstrittig ist, dass der Kläger nicht in eine Einzelversicherung übertrat (vgl. Art. 10 BVB, Urk. 8 S. 4, Urk. 12 S. 2). Damit erlosch die Versicherungspolice inklusive der Versicherungsdeckung per 31. Dezember 2017 und der Kläger gehörte ab 1. Januar 2018 nicht mehr zum Kreis der Versicherten. Ein Anspruch auf Krankentaggelder besteht somit nur, wenn die Beklagte eine Nachleistungspflicht trifft, das heisst, wenn bereits vor dem 1. Januar

2018 eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit nachweislich bestand (vgl. Art. 16 Ziff. 5 AVB; vgl. auch Urk.

### **E. 7.1**

Krankentaggelder nach dem VVG können sowohl als Summenversicherung als auch als Schadensversicherung ausgestaltet werden, wobei bei Kollektivverträgen auch gemischte Formen anzutreffen sind, in denen für den Betriebsinhaber eine Summenversicherung und für die Angestellten eine Schadensversicherung vereinbart ist ( Häberli

/ H usmann , Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, S. 10 Rz . 39 f.). Da generell sowohl die Schaden- als auch die Summenversicherung möglichen Vermögensseinbussen vorbeugen sollen, liegt das massgebende Unterscheidungsmerkmal nicht im Zweck, sondern in der Voraussetzung der Leistung (BGE 119 II 361 E. 4). Ist die Leistung beim Eintritt des Versicherungsfalls unabhängig davon geschuldet, ob der Versicherte effektiv einen Schaden erlitten hat, ist keine Schadensversicherung sondern eine Summenversicherung gegeben (BGE 133 III 527 E. 3.2.4; 119 II 361 E. 4; 104 II 44 E. 4c f.; Urteile des Bundesgerichts 4 A\_81/2020 vom 2. April 2020 E. 3.2 sowie 4A\_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.2). Indessen ist auch in der Schadensversicherung die variable Bemessung der Versicherungsleistungen anhand des Schadens nicht zwingend. Die Versicherung kann die Deckung des Schadens auch durch einen vorgängig bestimmten Pauschalbetrag vorsehen, ohne dass die Versicherung dadurch zur Summenversicherung würde. Die Leistung ist zwar nur geschuldet, sofern ein konkreter Schaden eintritt, dieser muss aber nicht genau der vereinbarten Leistung entsprechen. Solche Pauschalisierungen finden sich besonders in Fällen, in denen der konkrete Schaden nur schwer oder mit unverhältnismässigem Aufwand zu ermitteln ist , zum Beispiel bei Verdiensteinbussen von

Selbständigerwerbenden ( Häberli

/ H usmann , a. a. O., S. 9 f. Rz . 36.)

### **E. 7.2**

In seiner Funktion als Arbeitgeber war der Kläger bei der Beklagten für ein Tag geld von 80 % des vereinbarten Jahresverdienstes von Fr. 100'000.-- versichert ( Urk. 9/69 S. 2). Gemäss Art. 13 Abs. 1 AVB ( Urk. 9/73 S. 7) bezahlt die Beklagte bei voller Arbeitsunfähigkeit das im Vertrag aufgeführte Taggeld bis zur Höhe des nachgewiesenen Erwerbsausfalls. Gemäss Art.

### **E. 7.3**

Der Wortlaut dieser Regelungen lässt keine Zweifel daran aufkommen, dass eine als Schadensversicherung ausgestaltete Erwerbsausfallversicherung vorliegt. Vorausgesetzt ist danach nicht nur eine medizinisch feststellbare Beeinträchtigung in der Erwerbstätigkeit, sondern gleichzeitig ein Erwerbsausfall. Der Erwerbsausfall als Folge der Erwerbsunfähigkeit, ein konkreter Schaden mithin, und nicht schon der Eintritt der Erwerbsunfähigkeit soll durch die Versicherungsleistungen der Beklagten gedeckt werden. Eine derartige vertragliche Regelung, die die vermögensrechtliche Einbusse zur selbständigen Bedingung des Anspruchs auf Leistung macht, spricht nach der Praxis für eine Schadensversicherung (vgl. BGE 119 II 361 E. 4). Dies wird auch vom Kläger nicht grundsätzlich bestritten (vgl. Urk. 12 S. 7 E. 5).

### **E. 7.4**

Der Eintritt des Versicherungsfalls ist nach dem Grundsatz von Art. 8 ZGB (vgl. vorstehende E. 1.4) vom Anspruchsberechtigten zu beweisen (BGE 130 III 321 E. 3.1). Ist

eine Krankentaggeldversicherung als Schadensversicherung ausgestaltet, setzt der Eintritt des Versicherungsfalls einen Schaden - namentlich einen Erwerbsausfall - voraus. Nachdem nun aber die Versicherung gemäss Art.

### **E. 7.5**

Die Beklagte bringt weiter vor, das Einkommen des Klägers habe sich zwar im Vergleich zu den Vorjahren verringert, habe aber immer noch weit über dem bei ihr versicherten Verdienst von Fr. 100'000.-- gelegen. Dementsprechend liege keine bei ihr versicherte Erwerbseinbusse vor, weshalb die Klage auch aus diesem Grund abzuweisen sei (Urk. 8 S. 10 E. 6). Auch diesem Einwand kann nicht gefolgt werden. Die vereinbarte Versicherungssumme in der Höhe von Fr. 100'000.-- entspricht der maximal von der Beklagten zu leistenden Entschädigung. Soweit die Beklagte allenfalls sinngemäss eine Unterversicherung des Klägers geltend machen will, ist festzuhalten, dass die Versicherungsleistungen ohnehin proportional, das heisst ausgehend vom Umfang der nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit des Klägers berechnet werden, weshalb diesem Einwand bereits deshalb nicht stattgegeben werden kann. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte dem Kläger bereits im Jahr 2015 bei einer versicherten Lohnsumme von Fr. 100'000.-- und einer attestierten Arbeitsunfähigkeit von 90 % bis 100 % entsprechende Krankentaggelder ausgerichtet hatte (Urk. 9/2), obwohl er - gemäss ihren eigenen Abklärungen (Urk. 9/14) - im Jahr 2015 bei der AHV einen - den vereinbarten versicherten Verdienst von Fr. 100'000.-- weit übersteigenden - Lohn von Fr. 162'800.-- abgerechnet hatte. Inwiefern dieses Vorgehen fehlerhaft gewesen sein sollte oder sich seither an den rechtlichen oder vertraglichen Regelungen etwas geändert haben sollte, ist nicht ersichtlich und wird auch von der Beklagten nicht dargelegt.

Unter diesen Umständen vermöchten weitere - wie etwa die von der Beklagten beantragten (Urk. 8 S. 10) - Beweiserhebungen an der Beurteilung des Gerichts nichts zu ändern, weshalb in antizipierter Beweiswürdigung darauf zu verzichten ist (vgl. vorstehende E. 1.7). 8.

### **E. 8**

S. 5 E. 2 ). 5.2

Wie bereits dargelegt (vgl. E. 1.4 hiervor), folgt aus der beweisrechtlichen Grundregel von Art. 8 ZGB, dass der Kläger die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt. Der vorliegende Zivilprozess betreffend eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterscheidet sich damit massgeblich von Verfahren im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG). So schliesst

der Untersuchungsgrundsatz nach Art. 43 ATSG die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Sozialversicherungsgerichts (oder der verfügenden Verwaltungsstelle) ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein (BGE 115 V 111 E. 3d/ bb ; Maurer, Sozialversicherungsrecht, Bd. I, 2. unveränderte Aufl., Bern 1983, S. 438 Ziff. 7a). Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 115 V 133 E.

8a). Die Beklagte weist daher in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin (Urk. 8 S. 9), dass sie als private Krankentaggeldversicherung grundsätzlich keine Abklärungspflicht trifft, weshalb sie auch nicht verpflichtet war, den Kläger versicherungsmedizinisch untersuchen zu lassen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.1). Hin gegen hat der Kläger den Nachweis zu erbringen, dass er im strittigen Zeitraum zu mindestens 25 % arbeitsunfähig war (Art. 13 Ziff. 2 AVB). Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob ihm dieser Hauptbeweis gelingt. 5.3

Der Kläger behauptet, sein Hausarzt habe mit Bericht vom 29. November

2017 dem Grunde nach eine Arbeitsunfähigkeit bei der Beklagten angemeldet (Urk. 12 S. 2). Fest steht jedoch, dass Dr. B.\_\_\_\_ in besagtem Schreiben

in erster Linie die Aussage des Klägers wiedergab, der sich selbst bis auf Weiteres als 100 % arbeitsunfähig einstufte. Angaben zum (eigenen) klinischen Befund fehlen in seinem Bericht gänzlich. Zudem erklärte Dr. B.\_\_\_\_ explizit, er habe bisher keine Arbeitsunfähigkeit ausgestellt (Urk. 9/5). Aus dem genannten Bericht kann damit entgegen der Meinung des Klägers (Urk. 12 S. 3) nicht abgeleitet werden, dass der Hausarzt eine Arbeitsunfähigkeit und dies zudem mindestens im Umfang von 25 % eines Vollzeitpensums für gegeben hielt.

Auch im Bericht vom 1. November 2017 an die IV-Stelle des Kantons Aargau gab der Hausarzt an, der Kläger habe wiederholt erklärt, nicht mehr die gleiche Leistung erbringen zu können (Urk. 9/54 S. 9). Dennoch attestierte Dr. B.\_\_\_\_ ihm keine Arbeitsunfähigkeit, hingegen eine verminderte Leistungsfähigkeit,

befand aber, eine Quantifizierung der Leistungsfähigkeit sei ihm nicht möglich (Urk. 9/54 S. 10). Die durch Dr. B.\_\_\_\_

schliesslich am 11. April 2018 rückwirkend per 27. November 2017 attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit

vermag vor diesem Hintergrund auch nicht ohne Weiteres zu überzeugen. Denn

auch in diesem Bericht erklärte er lediglich, er folge der telefonisch erhaltenen Empfehlung der Beklagten und nehme eine Krankschreibung nach Treu und Glauben vor (Urk. 9/32 S. 1).

Auch dies entspricht jedoch nicht einer eigenen ärztlichen Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit. Im Übrigen bestritt die Beklagte, eine solche Empfehlung ausgesprochen zu haben (Urk. 9/36 S. 2). Damit indiziert die Berichterstattung des Hausarztes zwar mehr oder weniger deutlich eine verminderte Leistungsfähigkeit des Klägers, ist aber für sich alleine nicht geeignet, eine

mindestens 25%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 27. November 2017 zu belegen. 5.4

Die Taggeldzahlungen sollen nach ihrer Natur das laufende Einkommen der versicherten Person ersetzen und daher fortlaufend gefordert und erbracht werden (BGE 139 III 418 E. 4.1 mit Hinweisen). Entsprechend fällt die ärztliche Bescheinigung einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit regelmässig in den Zeitraum, für den Tagelder verlangt werden können. Neben diesem typischen gibt es jedoch auch den atypischen Fall, dass die ärztliche Bescheinigung rückwirkend für eine bereits abgelaufene Zeitdauer eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bestätigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts

4A\_471/2014 vom 2. Februar

2015 E.

4.2) .

Zu prüfen bleibt, wie es sich mit den nachträglich eingeholten ärztlichen Stellungnahmen verhält. 5.5

Im Auftrag der damaligen Rechtsvertreterin des Klägers verfasste Dr. E.\_\_\_\_

am 4. März

2019 eine versicherungsmedizinische Beurteilung ( Urk. 9/48/8-10) . Ge stützt auf diverse Arztberichte sowie eine eigene Untersuchung und Befragung des Klägers vom 27. August 2018 kam er zum Schluss, dass es im Rahmen der Hüftimplantation im Dezember 2014

zu einer antevertierten Hüftpfannenlage und in der Folge ( möglicherweise ) zu rezidivierenden Subluxationen, also Teilausrenkungen des Gelenkes , und damit zu Schmerzen gekommen sei. Er gehe davon aus, dass auch die festgestellte Beinlängendifferenz rechts von bis 1 cm im Zusammenhang mit der Implantation entstanden sei. Die nach der Hüftgelenksrevision (Wechsel der Hüftpfanne) vom 14. Dezember

2018 eingetretene rasche postoperative Besserung spreche ebenfalls für die Hüftpfanne als Ursache der Beschwerden . Die zuvor im MRI sowie auch in den Versicherungsberichten - so auch in der Beurteilung des RAD vom 6. März 2018 - beschriebene Insertionstendinopathie als Schmerzursache rücke somit stark in den Hintergrund. In Kenntnis der effektiven Schmerzursache sowie der möglichen, repetitiven Subluxationen der rechten Hüfte bei Belastung sei retrospektiv betrachtet die körperlich anstrengende Tätigkeit als Gastronom seit dem Beginn der regelmässigen Schmerzen nicht mehr zumutbar gewesen respektive nur noch mit starken Einschränkungen analog dem Beschrieb der angepassten Tätigkeit, wie diese vom RAD-Arzt beschrieben worden sei. Er schätze, dass die Arbeitsunfähigkeit mindestens 50 % wenn nicht mehr betragen habe. Die eigentliche Tätigkeit als Wirt (meist stehend, gehend) sei nicht mehr möglich gewesen, nur noch administrative Tätigkeiten. Der Kläger sei postoperativ nie beschwerdefrei gewesen, was in Kenntnis der Befunde gut nachvollziehbar sei. Ob sich die Beschwerden im Laufe der Zeit verstärkt und die Arbeitsfähigkeit progredient vermindert hätten, sei aus den vorliegenden Akten nicht eindeutig ersichtlich. Aus seiner ( Dr. E.\_\_\_\_ ) Sicht sei der Kläger postoperativ nie zu 100% arbeitsfähig gewesen, weshalb er die Arbeitsunfähigkeit ab Operationsdatum beurteile ( Urk. 9/48/9 f.). 5. 6

Zwar hat der Bericht von Dr. E.\_\_\_\_ vom 4. März 2019 gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. vorstehende E. 1.4 ff.) nicht die Qualität eines Beweismittels , sondern gilt als reine Parteibehauptung. Allerdings ist zu beachten, dass die Ausführungen Dr. E.\_\_\_\_ besonders substantiiert sind. Sie beruhen auf einer eigenen Untersuchung und Befragung des Klägers und auf der Kenntnis der Vorakten ,

insbesondere der Operationsberichte. Gestützt darauf legte Dr. E.\_\_\_\_ dar, dass der Kläger als Folge einer Hüftprothesenimplantation vom Dezember 2014 chronische Hüft- und Rückenschmerzen entwickelt habe, die erst gebessert hätten , nachdem die Hüftpfanne im Dezember 2018 ausgewechselt worden sei . Unter Aufzeigen der medizinischen Zusammenhänge begründete Dr. E.\_\_\_\_ sodann , weshalb der Kläger deswegen in seiner

angestammten Tätigkeit als Wirt (spätestens) ab November 2017 zu 50 % arbeitsunfähig gewesen sei .

Diese Einschätzung wurde von der Beklagten nicht substantiiert bestritten.

Inbesondere brachte sie keine Parteibehauptungen in Form von dazu im Widerspruch stehenden ärztlichen Beurteilungen vor. Vielmehr beschränkte sie sich im Wesentlichen darauf - und auch dies nicht in besonders substantiierte Weise -, den echtzeitlichen Nachweis einer bereits im November 2017 eingetretenen mindestens 25%igen Arbeitsunfähigkeit zu bestreiten. Hingegen wird die Parteibehauptung des Klägers durch mehrere Indizien gestützt.

So bestätigte auch der RAD-Arzt in seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2019 , gefragt nach dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ab dem 19. April 2018 , eine lediglich 50%ige Arbeitsfähigkeit des Klägers in seiner Tätigkeit als Wirt (Urk. 9/62 S. 3). Im Übrigen führte er aus, im Gegensatz zu seiner Beurteilung vom 19. April 2018 sei rückblickend von einer deutlich höheren Einschränkung der funktionellen Leistungsfähigkeit in der Tätigkeit als Wirt auszugehen , da mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die ungünstige Hüftpfannenlage vor der Revisionsoperation für die seit Frühjahr 2016 bestehenden Beschwerden verantwortlich gewesen sei (Urk. 9/62 S. 3). Konkrete Angaben zu Grad und Dauer der Arbeitsfähigkeit vor dem 19. April 2018 machte der RAD-Arzt zwar nicht , jedoch ist auch seine Stellungnahme als klares Indiz für eine deutlich eingeschränkte Arbeitsfähigkeit des Klägers bereits (spätestens) im November 2017 zu werten. In der Folge sprach ihm die IV-Stelle denn auch ab Januar 2018 eine halbe Rente zu ( Urk. 9/68 S. 1).

5.7

Nach dem Gesagten ist gestützt auf die Parteibehauptungen des Klägers und die vorhandenen Indizien der Beweis erbracht , dass er in seiner angestammten Tätigkeit als selbständiger Wirt (spätestens) ab November 2017 durchgehend bis Ende Juli 2019 zu ( mindestens )

50 % arbeitsunfähig war , wobei vom 17. Dezember 2018 (postoperativ) bis am 25. April 2019 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bestand (vgl.

Urk. 9/6/1, Urk. 9/32 S. 1,

Urk. 9/48 S. 8 ff ,

Urk. 9/62 S. 3 , Urk. 9/58 S. 2 und Urk. 9/62 S. 6 ). Damit erweist sich der vom Kläger zu führende Beweis einer mindestens 25%igen Arbeitsunfähigkeit , die vor dem 1. Januar 2018 (Erlöschen des Versicherungsschutzes) aufgetreten war und ohne Unterbruch

bis Ende Juli 2019 andauerte, als gelungen . Der Kläger hat daher grundsätzlich Anspruch auf Krankentaggelder. 6.

### **E. 8.1**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger als selbständiger Wirt spätestens ab November

2017 durchgehend bis Ende Juli 2019 zwischen 50 %

und 100 %

arbeitsunfähig war, wodurch er eine Erwerbseinbusse erlitt, und dass die Beklagte dementsprechend auch nach dem Erlöschen des Versicherungsschutzes infolge Geschäftsaufgabe der klägerischen Einzelfirma diesem gegenüber leistungspflichtig blieb.

## **E. 8.2**

Der Kläger hat detailliert dargelegt, wie sich der eingeklagte Betrag von Fr. 53'549.35 - unter Abzug der empfangenen Leistungen der Invalidenversicherung - zusammensetzt (Urk. 1 S. 15). Dazu hat sich die Beklagte nicht vernehmen lassen; sie hat insbesondere nicht geltend gemacht, die Berechnungen seien in irgendeiner Hinsicht fehlerhaft. Zu einer solchen Annahme besteht auch keine Veranlassung, entsprechen doch insbesondere die unterschiedlichen Grade der festgehaltenen Arbeitsunfähigkeit dem, was ärztlich - insbesondere von Seiten des RAD - attestiert worden ist.

Somit erweist sich der eingeklagte Betrag von Fr. 53'549.35 als ausgewiesen. 9. 9.1

Der Kläger verlangt die Verzinsung seiner Taggeldforderung mit Blick auf drei Perioden mit unterschiedlich hoher Arbeitsunfähigkeit und demnach auch unterschiedlichem Taggeldansatz in Anwendung des mittleren Verfalltags wie folgt: 5 % auf den Betrag von Fr. 38'899.10 seit 22. Juni 2018, 5 % auf den Betrag von Fr. 28'489.50 seit 19. Februar 2019 und 5 % auf den Betrag von Fr. 10'628.75 seit 13. Juni 2019 (Urk. 1 S. 16). 9.2

Die AVB und BVB der Beklagten enthalten keine besonderen Bestimmungen zum Verzugszins bezüglich ihrer Leistungen. Es gelten somit die allgemeinen Regeln nach OR und VVG. 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 Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht]; OR). Lehnt der Versicherer jedoch zu Unrecht seine Leistungspflicht definitiv ab, werden die Ansprüche des Versicherungsnehmers auf diesen Zeitpunkt hin ohne Weiteres fällig und es tritt der Verzug ein (Art. 108 Ziff. 1 OR; Grolimund/Villard, in: Basler Kommentar zum VVG, Nachführungsband, 2012, Art. 41 ad N20). 9.3

Die Beklagte äusserte sich nicht zur klägerischen Verzugszinsberechnung. Insbesondere machte sie nicht geltend, dass diese fehlerhaft sei. Dies ist im Übrigen auch nicht ersichtlich. Es hat daher damit sein Bewenden.

Nach dem Gesagten ist die Beklagte in Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 53'549.35 zuzüglich Zins von 5 % auf den Betrag von Fr. 38'899.10 seit 22. Juni 2018, 5 % auf den Betrag von Fr. 28'489.50 seit 19. Februar 2019 und 5 % auf den Betrag von Fr. 10'628.75 seit 13. Juni 2019 zu bezahlen. 10. 10.1

Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO). 10.2

Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene

Umtriebsentschädigung , wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist ( Art. 95 Abs. 3 ZPO).

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

SVGer ). Gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen. 10.3

Dem vertretenen Kläger ist nach diesen Grundsätzen eine Parteientschädigung von Fr. 3'100.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet , dem Kläger den Betrag von Fr. 53'549.35 zuzüglich Zins von 5 % auf den Betrag von Fr. 38'899.10 seit 22. Juni 2018, 5 % auf den Betrag von Fr. 28'489.50 seit 19. Februar 2019 und 5 % auf den Betrag von Fr. 10'628.75 seit 13. Juni 2019

zu bezahlen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 3'100.-- (inkl. Barauslagen und MWSt ) zu bezahlen. 4 .

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Urs Schaffhauser - SWICA  
Krankenversicherung AG - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA 5 .

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden ( Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar ( Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind bei zulegen, soweit die Partei sie in Händen hat ( Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die VorsitzendeDer Gerichtsschreiber FehrKlemmt

**E. 12**

2018

355

50

38'899.10

17.12.2018

25 . 04. 2019

130

100

28'489.50

26.04.2019

3 1. 07. 2019

97

50

10'628.75

Insgesamt ergebe sich ein Totalbetrag von Fr. 78'017.35, wovon die von der Invalidenversicherung vom 1. Januar 2018 bis 3 1. Juli 2019 bezahlte Rente (zeitliche Kongruenz) in der Höhe von Fr. 24'468.-- in Abzug zu bringen sei ( Art.

**E. 17**

S. 3 f.). 7.

**E. 18**

Abs. 4 AVB ( Urk. 9/73 S. 8) bei einem im Voraus vereinbarten Jahresverdienst auf den Nachweis des tatsächlichen Erwerbsausfalls bis zur Höhe des pauschal vereinbarten Jahresverdienstes (vgl. vorstehende E. 6.5) verzichtet, durften und mussten die Parteien dies so verstehen, dass die Ausrichtung des Taggeldes nicht vom Nachweis eines konkret bezifferten Schadens durch den Kläger abhängt. Da im Übrigen auch die Beklagte nicht bestreitet, dass der Kläger einen Erwerbsausfall erlitten hat ( Urk. 8 S. 10 E. 6), ist auch diese Leistungsvoraussetzung erfüllt.

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