

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00056

vom 5. Juli 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-07-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2020.00056

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00056 du 5 juillet 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00056 del 5 luglio 2022

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1970, war bei der Stiftung Y.____, Seniorenzentrum, als Leiterin des Wohnbereichs tätig (vgl. Urk. 12/8) und dadurch bei der AXA Versicherungen AG (nachfolgend: AXA) unfall- und krankentaggeldversichert, letzteres nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; vgl. Police Personenversicherung Professional, Urk. 12/41). Am 3. Dezember 2018 erlitt sie einen Auffahrunfall. Diagnostiziert wurden ein cervicocervicales Beschleunigungstrauma sowie eine Thoraxkontusion rechts (Urk. 12/1). Die AXA erbrachte als Unfallversicherer die Leistungen aus der Unfallversicherung (Taggeld, Heilbehandlung). Per 31. Mai 2019 stellte sie diese ein (Urk. 2/8, Urk. 12/17). In der Zwischenzeit hatte die Stiftung Y.____ mit Schreiben vom 27. März 2019 das Arbeitsverhältnis mit der Versicherten per 31. Mai 2019 aufgelöst (Urk. 12/8).

Da die Versicherte auch nach dem 31. Mai 2019 aus psychischen Gründen noch in ärztlicher Behandlung stand und ihr nun eine

Arbeitsunfähigkeit aus Krankheitsgründen attestiert wurde (vgl. Urk. 12/13, Urk. 12/16), richtete die AXA als Krankentaggeldversicherer ab 1. Juni 2019 Krankentaggelder aus (Urk. 2/9). Am 1. September 2019 nahm die Versicherte eine Tätigkeit als Tagesmutter auf, zu nächst im Pensum von 20 % (Urk. 12/21-24). Dieses Pensum steigerte sie in der Folge (Urk. 12/27-28). Ab 1. November 2019 richtete die AXA ein Taggeld basierend auf einer Arbeitsunfähigkeit von 30 % aus (Urk. 2/9). Per 31. März 2020 stellte sie die Taggeldleistungen ein (Urk. 2/9, Urk. 12/33).

E. 1.1

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

In zeitlicher Hinsicht sind vorbehaltlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen (vgl. Art. 103a VVG in der ab 1. Januar 2022 geltenden Fassung) grundsätzlich diejenigen Rechtssätze 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 dem VVG (Art.

E. 1.2

Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) zuständig (Art.

E. 1.3

Gemäss Art. 243 Abs. 2 lit . f ZPO werden Ansprüche aus einer Zusatz versicherung 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 entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Das Ge richt ist im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit . a ZPO lediglich einer erhöhten Fragepflicht unterworfen. Wie unter der Ver handlungsmaxime müssen die Parteien selbst den Prozessstoff beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fr agen zur Hilfe, damit die erfor der lichen 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 Bun desgerichts 4A_702/2016 vom 2 3. März 2017 E. 3.1).

E. 1.4.1

Nach Art.

E. 1.4.2

Im Rahmen des Versicherungsvertrages hat somit der Anspruchsberechtigte die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs (Art. 39 VVG) zu behaupten und zu beweisen.

Ausnahmen vom Regelbeweismass der vollen Überzeugung ergeben sich zum einen aus dem Gesetz selbst, zum andern sind sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen, in denen rechtsprechungs gemäss keine volle Überzeugung verlangt wird, sondern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt, liegt die Überlegung zugrunde, dass die Rechtsdurch setzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei be stimmten Sachverhalten auftreten. Die Beweiserleichterung setzt demnach nach der Formulierung des Bundesgerichts eine Beweisnot voraus. Diese Vorausset zung ist gemäss Bundesgericht 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 be wiesen werden können. Hingegen liegt eine Beweisnot nicht schon darin begrün det, 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 Ein zelfall können demnach nicht zu einer Beweiserleichterung führen. Mit diesen Erwägungen hat das Bundesgericht auf eine behauptete Arbeitsunfähigkeit das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung als anwendbar erklärt, da eine solche mit einem entsprechenden Zeugnis bewiesen werden könne (Urteil des Bundesgerichts 4A_117/2021 vom 3 1. August 2021, zur Publikation

vorgesehen, E. 3.3.1 mit Hinweisen).

Dem Versicherer steht sodann das Recht auf Gegenbeweis zu; für dessen Gelingen ist nur erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (Urteil des Bundes gerichts 4A_592/2015 vom 1 8. März 2016 mit Hinweisen).

E. 1.4.3

Nach diesen Grundsätzen sind konkret der Eintritt des Versicherungsfalles wie auch der Umfang des Anspruchs vom Anspruchsberechtigten zu beweisen. Den Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unver bindlich machen (BGE 141 III 241 E. 3.1, 130 III 321 E. 3.1, Urteil des Bundes gerichts 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 2.1). Daran ändert nichts, dass der Versicherer zunächst Taggelder ausbezahlt hat. Macht dieser geltend, die Um stände hätten sich geändert oder die Leistungen seien von vornherein zu Unrecht erbracht worden und die versicherte Person sei (wieder) arbeitsfähig, so hat die versicherte Person zu beweisen, dass sie (weiterhin) arbeitsunfähig ist und daher Anspruch auf Taggelder hat. Im Falle der Beweislosigkeit trägt mithin nicht der Versicherer, sondern die versicherte Person die Beweislast (Urteile des Bundes gerichts 4A_246/ 2015 vom 1 7. August 2015 E. 2.2, 4A_243/2017 vom 3 0. Juni 2017 E. 3.2.2). Der Versicherer kann den Gegenbeweis antreten, etwa indem er die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nachweist; dabei handelt es sich jedoch nicht um einen von ihm zu erbringenden Hauptbeweis (Urteil des Bundesgerichts 4A_66/2017 vom 1 4. Juli 2017 E. 3.2).

E. 1.4.4

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, vor behalten bleiben nach Art. 168 Abs. 2 ZPO lediglich die Bestimmungen über Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (BGE 141 III 433 E. 2.5.1). 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), was auch für Berichte von Fachärzten, welche die Taggeldversicherer beraten, gilt (Urteil des Bundesgerichts 4A_571/2016 vom 2 3. März 2017 E. 3.2 am Ende).

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 Tatsachen-behauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteig ut a chten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Partei behauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit – durch Beweismittel nach gewiesenen – 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).

E. 1.5.1

Als vorformulierte Vertragsbestimmungen sind bezüglich der hier geltenden Krankentaggeldversicherung die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) für die

Personenversicherungen Professional, Ausgabe März 2015

(Urk. 12/40) , anwendbar .

Nach Ziff. E.1 AVB erbringt die Beklagte die in der Police aufgeführten Leistungen für die Folgen von Krankheiten. Als Krankheit im Sinne der Versicherung gilt nach der Definition in Ziff. A4.2 AVB jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Der Begriff Arbeitsunfähigkeit wird in Ziff. A4.3 AVB definiert als die durch einen Unfall oder eine Krankheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei längerer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.

E. 1.5.2

Bezüglich des Taggeldes für das Personal bestimmt Ziff. E7.1 AVB, dass die Beklagte das Taggeld nach Ablauf der vereinbarten Wartezeit längstens während der in der Police aufgeführten Leistungsdauer bezahlt, wenn die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist.

Bei voller Arbeitsunfähigkeit bezahlt die Beklagte nach Ziff. E7.2 AVB das in der Police aufgeführte Taggeld. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit; weniger als 25 % ergeben jedoch keinen Anspruch. Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % zählen für die Ermittlung der Wartezeit und der Leistungsdauer voll. 2.

E. 2

Satz 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung [Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG] . 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. 2.1

In der Klageeingabe vom 13. Oktober 2020 hatte die Klägerin ihre Forderung mit Fr. 7'

E. 2.2

Eine Klageänderung ist im Hauptverfahren zulässig, sofern der geänderte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, was unbestritten geblieben ist (Urk. 23 S. 2).

E. 2.3

Da die Forderung gemäss Klageschrift vom 13. Oktober 2020 unter Fr. 3 0'000.-- lag, begründete dies nach Massgabe von §

E. 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. 8

24.40 zuzüglich 5 % Zins seit 30. Juni 2020 beziffert (Urk. 1 S. 2). In der Replik vom 19. Januar 2020 erhöhte sie ihre Forderung auf Fr. 30'050.-- zuzüglich 5 % Zins seit 30. Juni 2020 (Urk. 16 S. 2).

E. 8.1

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit . e ZPO i.V.m . § 33 Abs. 1 GSVGer). Diese Bestimmung betrifft indes nur die Gerichtskosten, nicht jedoch die Parteientschädigung an die Gegenpartei (in BGE 137 III 47 nicht publizierte E. 2.2.1 des Urteils des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010).

E. 8.2

Der nicht durch einen externen Rechtsanwalt vertretenen obsiegenden Beklagten steht praxismässig keine Parteientschädigung zu (BGE 133 III 439 E. 4). Das Gericht erkennt:

E. 11

S. 2). 3.2

Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, es lägen Arztberichte und Zeugnisse vor, welche eine durchgehende (Teil-)Arbeitsunfähigkeit für den eingeklagten Zeitraum belegen. Anderslautende Arztzeugnisse, welche die Richtigkeit der attestierten Arbeitsunfähigkeiten in Frage stellten, bestünden nicht. Soweit die Beklagte die attestierten Arbeitsunfähigkeiten bestreite, handle es sich um eine nicht belegte Behauptung . Die (mit Replik) erhöhte Forderung ergebe sich aus der Tatsache, dass mangels Arbeitsfähigkeit in angestammter Tätigkeit die vollen Taggelder geschuldet seien. Für die Annahme einer angepassten Tätigkeit hätte die Beklagte eine ausreichende Frist (drei bis fünf Monate) ansetzen müssen, was sie nicht getan habe . Hinzu komme, dass die Klägerin im eingeklagten Zeitraum kein höheres Einkommen habe erzielen können, als dies der Fall gewesen sei. Angerechnet werden könne daher nur das Einkommen, das sie als Tagesmutter erzielt habe. Dabei habe es sich jedoch nicht um eine Tätigkeit im ersten Arbeitsmarkt gehandelt und die Ausübung dieser Tätigkeit sei ihr nur möglich gewesen, weil sie dabei auf ihre Beschwerden habe Rücksicht nehmen können . Das entsprechende Einkommen sei als Verdienst im Rahmen eines Aufbautrainings zu werten. Die IV habe ihr denn auch ab 3. August 2020

für diese Tätigkeit ein Aufbautraining genehmigt und für die Dauer der Massnahme ein Taggeld zugesprochen (Urk. 1, Urk.

E. 16

, Urk. 26). 3.3

Die Beklagte hält demgegenüber dafür, dass gestützt auf die AVB für die Beurteilung der leistungsrelevanten Arbeitsunfähigkeit nicht nur jene relevant sei, die sich auf die konkret ausgeübte Tätigkeit beziehe, sondern auch jene in einer leidensangepassten Tätigkeit. Die Klägerin habe eine Tätigkeit als Tagesmutter aufgenommen und spätestens ab November 2019 vier Kinder betreut. Dabei habe sie einen wöchentlichen Betreuungsaufwand von insgesamt 79 Stunden zu leisten gehabt. Die behandelnde Psychotherapeutin und der behandelnde Psychiater hätten bereits am 9. November 2019 über sehr gute Fortschritte im Gesundheitsverlauf berichtet. Daraus sei zu schliessen, dass sich die krankheitswertigen Diagnosen zurückgebildet hätten. Folglich fehle es in Bezug auf die eingeklagte Periode an

der Leistungsvoraussetzung einer Krankheit. Soweit von den behandelnden Ärzten dennoch eine Arbeitsunfähigkeit attestiert worden sei, könne darauf nicht abgestellt werden. Wer das von der Klägerin geleistete Pensum als Tagesmutter zu erbringen vermöge, sei auch in anderen Verweistätigkeiten arbeitsfähig. Zumindest sei eine Arbeitsfähigkeit von 80 % ausgewiesen, was gemäss AVB eine Leistungspflicht der Beklagten ausschliesse. Die Klägerin vermöge den Beweis der von ihr geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit nicht zu erbringen. Es sei ihr zwar beizupflichten, dass der versicherten Person grundsätzlich eine Übergangsfrist anzusetzen sei, wenn ein Berufswechsel verlangt werde. Im konkreten Fall habe sich dies aber erübrigt, weil die Klägerin bereits eine Tätigkeit als Tagesmutter aufgenommen gehabt habe. Allerdings habe sie, die Beklagte, die Klägerin mit Schreiben vom 30. Oktober 2019 zu einem Berufswechsel angehalten, indem sie sie zur Aufnahme einer besser bezahlten Verweistätigkeit aufgefordert habe (Urk. 11, Urk. 23, Urk. 29). 4.1

Für die behauptete Arbeitsunfähigkeit stützt sich die Klägerin auf die Berichte ihrer behandelnden Ärzte. Auf Zuweisung ihrer Hausärztin Dr. med. Z.____, Fachärztin für Innere Medizin, begab sich die Klägerin ab 9. Januar 2019 zu A.____, dipl. Psychologin, in eine Traumatherapie. Diese hielt im Bericht vom 12. Januar 2019 fest, die Klägerin leide seit dem Unfallgeschehen an ausgeprägten Symptomen. Sie diagnostizierte eine ausgeprägte, mittelschwere posttraumatische Belastungsstörung (ICD-10 F43.1), eine Angst und Depression gemischt (ICD-10 F41.2) sowie eine nicht-organische Insomnie (ICD-10 F41) und attestierte eine volle Arbeitsunfähigkeit (Urk. 12/4). Nachdem die Hausärztin Dr. Z.____ diese Arbeitsunfähigkeit in der Folge bestätigt hatte (Urk. 12/10), nahm Dr.

B.____, Facharzt für Psychiatrie und beratender Arzt der Beklagten, am 8. Mai 2019 Stellung. Er kritisierte die von der Psychologin A.____ gestellte Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung. Er hielt dafür, dass vielmehr von einer Angststörung auszugehen sei, die schon vor dem Unfall bestanden habe. Aktuell bestätigte er eine Arbeitsunfähigkeit für die Tätigkeit als Pflegefachfrau. Er hielt eine Wiedererlangung einer Arbeitsfähigkeit in den nächsten vier Monaten für möglich, erklärte aber gleichzeitig, dass die Arbeitsunfähigkeit dann länger andauern werde, falls die Klägerin nach Antritt einer neuen Stelle in eine Überforderung geraten sollte oder schwierige Umstände einträten (Urk. 12/14).

Ab 20. Mai 2019 begab sich die Klägerin zu Dr. med. C.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, in Behandlung. Im Bericht vom 27. Mai 2019 hielt er eine posttraumatische Belastungsstörung (ICD-10 F43.1), eine dissoziative Amnesie (ICD-10 F44.0), eine nichtorganische Schlafstörung (ICD-10 F51) und Alpträume (ICD-10 F51-5) fest. Der Gesundheitszustand habe sich im Laufe der letzten Wochen leicht gebessert. Geblieben sei eine Dissoziationsstörung, die sich vor allem kognitiv auswirke (verminderte Gedächtnisleistung, Konzentrationschwäche, verminderte kognitive Leistung, verändertes Zeiterleben). Zudem bestünden eine extreme Ermüdbarkeit mit unverhältnismässig langer Erholungszeit, Angst und Panikreaktionen bei Autofahrten (als Mitfahrerinnen; Kurzstrecken fahre die Klägerin, nicht aber auf der Autobahn), Flashbacks bei Autogeräuschen und kaltem Wetter, Schreckhaftigkeit, vegetative Übererregtheit und Schlafstörungen, Lärmempfindlichkeit, Ohrengeräusche, Vermeiden von Menschenansammlungen sowie Kopfschmerzen. Eine Arbeitsfähigkeit sei zur Zeit nicht gegeben, insbesondere aufgrund der hohen Ermüdbarkeit (Urk. 12/16).

Im Verlaufsbericht vom 10. Juni 2019 sprach

Dr. C.____ von einem guten Therapieverlauf. Ausser den Kopfschmerzen hätten sich sämtliche Symptome deutlich gebessert. Im August werde sie einen Arbeitsversuch als Tagesmutter starten. Das Ziel sei die Ausübung eines 50 % -Pensums bis Ende Jahr (Urk. 12/20). Der beratende Arzt der Beklagten, Dr. med. B.____, hielt in der Aktenbeurteilung vom 4. September 2019 fest, dass weiterhin von einer vollen Arbeitsunfähigkeit in der Tätigkeit als Teamleiterin ausgegangen werden müsse. In einer leidensangepassten Tätigkeit sei ab Oktober 2019 mit einer Arbeitsfähigkeit von 20 %, ab Dezember 2019 mit einer Arbeitsfähigkeit von 40 % und ab Januar 2020 mit einer Arbeitsfähigkeit von 50 % zu rechnen (Urk. 12/25). 4.2

Aufgrund dieser Arztberichte ist eine Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit zumindest bis September 2019 ausgewiesen. Dies bestreitet auch die Beklagte nicht. Jedoch stellt sie sich auf den Standpunkt, dass aufgrund der Berichte von Dr. C.____ respektive der Psychologin

A.____ vom 9. November 2019 keine krankheitswertige Diagnose, geschweige denn eine relevante Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen sei (Urk. 23 S. 3). Im besagten Bericht führte Dr. C.____ aus, die Klägerin habe sehr gute Fortschritte gemacht. Das Ziel, bis im Herbst eine teilzeitliche Arbeit in einem angepassten Bereich aufzunehmen, habe sie erreicht. Das vegetative Nervensystem sei immer noch leicht überaktiviert, trotzdem habe sich die Schlafqualität deutlich verbessert. Die Schreckhaftigkeit habe sich eben falls stark vermindert. Es bestehe aber noch eine störende Restsymptomatik, vor allem in Bezug auf Geräusche. Die Dissoziationsstörungen hätten sich bis auf eher seltene Situationen fast ganz aufgelöst. Was das Autofahren anbelange, habe sich die Klägerin innert weniger Monate einen guten Bewegungsradius erarbeitet, auch auf der Autobahn. Allerdings leide die Klägerin immer noch unter starken kognitiven Einschränkungen. Das Kurzzeitgedächtnis sei noch deutlich geschwächt. Im Alltag vergesse die Klägerin oft, was sie vorhabe. Im Rahmen der häuslichen Tätigkeit und auch weitgehend der Kinderbetreuung sei diese Symptomatik nicht so schwerwiegend. In ihrer angestammten Tätigkeit in der Pflege würde sie sich jedoch schwerwiegend auswirken. Nach wie vor bestehe eine körperliche Symptomatik. So berichte die Klägerin von Kopfschmerzen, so bald sie länger dauernden Aktivitäten ausgesetzt sei. Zudem sei die Ermüdbarkeit nach wie vor stark ausgeprägt. Für die Arbeitsfähigkeit seien die hohe Ermüdbarkeit und die Vergesslichkeit (Kurzzeitgedächtnis) entscheidend. In der Tätigkeit als Tagesmutter habe die Klägerin die Möglichkeit, mit der Ermüdbarkeit umzu gehen. Die Vergesslichkeit wirke sich bei dieser Tätigkeit nicht verhindernd aus. Diese beiden Symptome würden jedoch die Ausübung einer Tätigkeit in der Pflege ausschliessen. Demzufolge sei der Klägerin eine Arbeitsfähigkeit von 60 % als Tagesmutter und eine vollständige Arbeitsunfähigkeit für den Pflegebereich zu attestieren (Urk. 12/29). Im Bericht vom 26. September 2020 bestätigte Dr. C.____, dass (auch) für die Dauer vom 1. April 2020 bis 2. August 2020 eine Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit vorgelegen habe (Urk. 2/19). 4.3

Aus dem Bericht vom 9. November 2019 geht eine erhebliche Verbesserung des Gesundheitszustands hervor. Gleichwohl attestiert Dr. C.____ eine volle Arbeitsunfähigkeit für die angestammte Tätigkeit. Er begründet seine Einschätzung mit der hohen Ermüdbarkeit und der Vergesslichkeit. Was die Beklagte dagegen vor bringt, vermag einer rechtsgenügenden Bestreitung nicht zu genügen. Beim Bericht vom 9. November 2019 handelt es sich um einen Verlaufsbericht. Er ist im Kontext mit den früheren Berichten zu

sehen. Die Behauptung, es bestehe keine Diagnose mit Krankheitswert, geht daher fehl. Auch die pauschale Bestreitung der von Dr. C.____

attestierten Arbeitsunfähigkeit für die bisherige Tätigkeit als Pflegeleiterin läuft ins Leere. Die Beklagte bringt nicht substantiiert vor, weshalb diese Einschätzung nicht zutreffen soll. Insbesondere vermag sie sich dabei nicht auf eine anderweitige ärztliche Beurteilung zu berufen. Dass sich die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit im weiteren Verlauf, insbesondere im eingeklagten Zeitraum, massgeblich verbessert hätte, macht die Beklagte nicht geltend und solches ist denn auch nicht ersichtlich.

Damit ist festzuhalten, dass gestützt auf die vorliegende Aktenlage die von der Klägerin behauptete volle Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit für die Dauer vom 19. Januar 2020 bis 2. August 2020 nachgewiesen ist. 5. 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. A4.3 AVB denn auch vor, dass bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf berücksichtigt wird (vorstehend E. 1.5.1). 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.

3.2.1 mit Hinweisen; 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). 5.2

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2019 forderte die Beklagte die Klägerin auf, weitere Unterlagen hinsichtlich der Tätigkeit als Tagesmutter einzureichen. Zu dem wies sie sie darauf hin, dass ihr behandelnder Psychiater einen Verlaufsbericht einzureichen habe. Dieser Bericht sei direkt der Beklagten zuzustellen. Im Weiteren hielt die Beklagte fest, es sei davon auszugehen, dass ab Oktober 2019 eine signifikante Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit im Berufsumfeld der medizinischen Pflege bestehe. Bei der Arbeit als Tagesmutter handle es sich nicht um eine der beruflichen Qualifikation der Klägerin entsprechende Tätigkeit. Es sei die persönliche Entscheidung der Klägerin, wenn sie eine im Vergleich zu ihrer angestammten Tätigkeit viel weniger gut entlohnte annehme. Dafür habe indes die Beklagte als Kranken taggeld versicherung nicht einzustehen. Vorbehältlich noch einzureichender Stundenrapporte sei sie, die Beklagte, bereit, die von der Klägerin in Aussicht gestellte Arbeitsfähigkeit von 60 % im November 2019 zu akzeptieren. Die Beklagte gehe von einer Arbeitsunfähigkeit von 40 % in einer Verweistätigkeit aus und erwarte im Dezember 2019 eine weitere Steigerung der Arbeitsfähigkeit (Urk. 12/26). 5.3

Dieses Schreiben ist als hinreichende Aufforderung zu einem Berufswechsel zu werten. Zwar postulierte die Beklagte die Aufnahme einer Verweistätigkeit im Bereich der medizinischen Pflege, da dies eine höhere wirtschaftliche Verwertbarkeit erwarten liess. Nachdem die Klägerin bereits eine Verweistätigkeit als Tagesmutter aufgenommen und an dieser trotz der Vorbehalte der Beklagten fest gehalten hatte, muss sie sich diese Tätigkeit als zumutbare Verweistätigkeit entgegenhalten lassen. Gestützt auf das Schreiben vom 30. Oktober 20

E. 19

bestreitet (Urk. 16 S. 8), ist ihr entgegen zu halten, dass die mit dem Schreiben geforderten Unterlagen in der Folge von ihr respektive von ihrem behandelnden Psychiater eingereicht wurden (Urk. 12/27-29), was den Erhalt des Schreibens belegt. Selbst wenn dem nicht so wäre, vermöchte die Klägerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Beklagte die Klägerin mit E-Mail vom 18. Dezember 2019 nochmals zu einem Berufswechsel auf forderte (Urk. 12/30). Dieses E-Mail erhielt die Klägerin unbestrittenermassen (vgl. dazu Urk. 12/31). 6. 6.1

Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in leidensangepasster Tätigkeit ist nach dem Gesagten auf die Tätigkeit als Tagesmutter abzustellen. Gelingt der Klägerin der Beweis für die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit, gilt dies nicht für die von ihr behauptete Arbeitsunfähigkeit von 30 % in der leidensangepassten Tätigkeit. Nach Ausführungen ihres behandelnden Psychiaters Dr. C. ___ ist es der Klägerin im Rahmen der Tätigkeit als Tagesmutter möglich, mit der erhöhten Müdigkeit umzugehen. Die Vergesslichkeit wirke sich in diesem Bereich nicht aus (Urk. 12/29; E. 4.2 hiervor). Die von ihm und der Psychologin

A. ___ bescheinigte Einschränkung von 30 % für diese Tätigkeit (Urk. 2/19, Urk. 12/35), ist als unbelegte Parteibehauptung zu werten, weil sie den konkreten Verhältnissen widerspricht. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass die Klägerin nach Aufnahme der Tätigkeit als Tagesmutter im September 2019 ihr Pensum kontinuierlich steigerte und schliesslich im November 2019 für vier Kinder einen arbeitsvertraglich verabredeten wöchentlichen Betreuungsaufwand von insgesamt 79 Stunden zu leisten hatte (Urk. 11 S. 11). Die Betreuung der Kinder überlappte sich. Konkret betrug die wöchentliche Ar

beitszeit 43 Stunden (6 Stunden am Montag, 10 Stunden 30 Minuten am Dienstag, 6 Stunden am Mittwoch, 10 Stunden 30 Minuten am Donnerstag und 10 Stunden am Freitag ; Urk. 12/22, Urk. 12/23, Urk. 12/27, Urk. 12/28), was eine m Vollzeitpensum entspricht. Jeden falls besteht bei dieser Sachlage kein Raum für die Annahme einer für den Anspruch auf Taggelder notwendigen Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % (Ziff. E7.2 AVB; E. 1.5.2 hiervor). Zwar reduzierte die Klägerin das Pensum in der Folge wieder (vgl. 12/31), jedoc h ist nicht dargetan, dass diese Reduktion aus gesundheitlichen Gründen

erfolgte. Vielmehr lässt die Aktenlage den Schluss zu, dass ihr Betreuungsangebot aufgrund von bei den Eltern respektive den Kindern liegenden Gründen weniger nachgefragt wurde . Nicht gefolgt werden kann der Klägerin, soweit sie in der Replik behauptet, es habe sich bei der Tätigkeit um eine geschützte Tätigkeit auf dem zweiten Arbeitsmarkt gehandelt (Urk. 16 S. 14). Dafür b estehen keinerlei Anhaltspunkte; auch aus der Gewährung von Eingliederungsmassnahmen durch die IV ab dem 3. August 2020 lässt sich nichts Entsprechendes ableiten. Gegen eine geschützte Tätigkeit spricht insbesondere die Höhe der Entlohnung

(vgl. Urk. 12/24, Urk. 12/28 , Urk. 17/22).

6.2

Wie ausgeführt ist für die Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit auf die Tätigkeit als Tagesmutter abzustellen. Anzumerken ist jedoch, dass selbst wenn in diesem Zusammenhang eine Tätigkeit im Pflegebereich als massgebend zu erachten wäre, keine relevante Arbeitsunfähigkeit belegt wäre. Die Klägerin absolvierte einen Probetag als Medizinische Praxisassistentin (MPA). Dazu ist dem Bericht der Psychologin A.____ vom 28. März 2020 zu entnehmen , dass die Klägerin diesen Tag nur durchgestanden habe, weil sie über Mittag habe nach Hause gehen und sich hinlegen können. Am Abend habe sie dann nur noch liegen können und sei ausserstande gewesen, sich um den Sohn zu kümmern (Urk. 12/35). Dass die Klägerin bei der Ausübung der Tätigkeit als Medizinische Praxisassistentin an sich beeinträchtigt gewesen wäre, geht aus dem Bericht nicht hervor.

7.

Zusammengefasst ist der Klägerin der Nachweis für die seitens der Beklagten hinreichend substantiiert bestrittene Arbeitsunfähigkeit in der vorliegend mass gebenden leidensangepassten Tätigkeit zwischen dem 19. Januar 2020 und dem 2. August 2020 misslungen. Von weiteren Abklärungen ist abzusehen, da davon keine anderen entscheidrelevanten Erkenntnisse zu erwarten sind (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 144 V 361 E. 6.5, 136 I 229 E. 5.3, 124 V 90 E. 4b, 122 V 157 E. 1d). So ist insbesondere nicht ersichtlich, zu was für neuen – nicht bereits in deren schriftlichen Ausführungen enthaltenen – Feststellungen die von der Kläger in beantragte Zeugenbefragung der involvierten Ärzte und der Psychologin (Urk. 1, Urk. 16 , Urk. 26) führen könnte. 8.

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