

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00024

vom 23. Februar 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-02-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2021.00024

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00024 du 23 février 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00024 del 23 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1.1

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). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO.

E. 1.2

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, 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. 1.3

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 den Stoff selbst 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 (BGE 141 III 569 E. 2.3.1-2.3.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1).

Des Weiteren gilt hinsichtlich der Parteianträge die Dispositionsmaxime. Danach darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenseite anerkannt hat (Art. 58 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 6).

E. 1.4.1

Am 1. Januar 2022 ist das revidierte Versicherungsvertragsgesetz (nVVG) in Kraft getreten. Gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 103a nVVG gelten für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 abgeschlossen worden sind, die folgenden Bestimmungen des neuen Rechts: die Formvorschriften (lit. a) und das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b nVVG (lit. b). Alle anderen Bestimmungen gelten lediglich für neu abgeschlossene Verträge (vgl. die Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089 ff., 5136; vgl. auch Stephan Fuhrer, Deutliche Verbesserungen für die Kunden von Versicherungen, in: Plädoyer 2/2021, S. 40 ff., S. 49).

Der Versicherungsvertrag, welcher der vorliegenden Streitsache zugrunde liegt, wurde im Dezember 2017 (Urk. 12/2/1) und somit vor dem Inkrafttreten des revidierten Versicherungsvertragsgesetzes abgeschlossen. Damit gelangen - abgesehen von den hier nicht interessierenden Formvorschriften und dem Kündigungsrecht - die Bestimmungen des VVG zur Anwendung, wie sie bis Ende 2021 gegolten haben. Sie werden daher nachfolgend, soweit nichts anderes vermerkt ist, in der bis Ende 2021 gültig gewesenen Fassung zitiert.

E. 1.4.2

Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten. Der Vertragsinhalt richtet sich häufig nach vorformulierten Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB; Michael Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis, unter Ausschluss der Anzeigepflichtverletzung, Freiburg, 1999, S. 23 N 72). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG - das hinsichtlich des (Zusatz-)Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält - eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG; Rolf Nebel in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basel/Zürich 2000, Art. 100 Rz 6).

E. 1.4.3

Nach Art. 87 VVG (ab dem 1. Januar 2022: Art. 95a VVG) steht demjenigen, zu dessen Gunsten eine kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu. Die Arbeitnehmenden werden damit jedoch nicht zu Vertragsparteien des Versicherungsvertrages; vielmehr stipuliert Art. 87 VVG eine Art echten Vertrag zugunsten Dritter (BGE 141 III 112 E. 4.3 mit Hinweisen). 1. 5

1. 5 .1

Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die

rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 128 III 271 E. 2a/ aa). Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur «Begründung des Versicherungsanspruches» (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalles und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistungen berechtigen (beispielsweise wegen schuldhafter Herbeiführung des befürchteten Ereignisses: Art. 14 VVG) oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (z.B. wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches: Art. 40 VVG). Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 148 III 105 E. 3.1 , 130 III 321 E. 3.1 ; nicht publizierte E. 3.3 von BGE 148 III 134 [4A_394/2021 vom 11. Januar 2022]) . 1. 5 .2

Es obliegt der versicherten Person zu beweisen, dass sie (weiterhin) arbeitsunfähig ist und daher Anspruch auf Taggeld er hat, wenn die Versicherung zunächst Taggeld er ausbezahlt hat und sodann geltend macht, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien von vornherein zu Unrecht erbracht worden und die versicherte Person sei (wieder) arbeitsfähig (vgl. BGE 141 III 241 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts A_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2). Dem Versicherer steht gemäss Art. 8 Z GB das Recht auf Gegenbeweis zu, 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 14. Juli 2017 E. 3.2). 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).

Diese Beweislastverteilung gilt rechtsprechungsgemäss nicht nur für die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen, sondern auch diejenige in einer angepassten Tätigkeit (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2015 vom 18. März 2016 E. 4.2).

1. 5 .3

Der Beweis gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich dann als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist (Regelbeweismass der vollen Überzeugung) .

Dabei wird keine absolute Gewissheit verlangt, sondern es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 148 III 105 E. 3.3.1 , 148 III 134 E. 3.4.1, je mit Hinweisen).

Dieses ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts namentlich für eine behauptete Arbeitsunfähigkeit, welche ohne weiteres mit einem entsprechenden Zeugnis bewiesen werden kann . Das

ausnahmsweise reduzierte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit würde dagegen eine Beweisnot voraussetzen (BGE 148 III 105 E. 3.3.1, 148 III 134 E. 3.4.1).

1.5.4

Das Recht auf Beweis hindert das Gericht nicht daran, die Beweise antizipiert zu würdigen, wenn es zum Schluss kommt, dass weitere Beweiserhebungen an seinem Urteil nichts zu ändern vermöchten, weil die entsprechenden Beweisanträge offensichtlich untauglich sind oder eine rechtsunerhebliche Tatsache betreffen oder weil das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert (BGE 134 I 140 E. 5.3; Urteile des Bundesgerichts 4A_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.1 und 4A_92/2019 vom 29. August 2019 E. 2.3.2). 1.6.1.6.1

Ein Privatgutachten stellt im Zivilprozess kein Beweismittel dar, vielmehr hat es als Parteigutachten die Qualität einer blossen Parteibehauptung. Allerdings ist zu beachten, dass nur Tatsachenbehauptungen bewiesen werden müssen, die aus drücklich bestritten sind. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss

(BGE 141 III 433 E. 2.6 mit Hinweisen).

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). 1.6.2

Das Arztzeugnis 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). Mit Blick auf die aktuelle bundesgerichtliche Praxis ist es indes nicht ausgeschlossen, den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit einzig gestützt auf Arztzeugnisse zu erbringen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_439/2021 vom 25. Januar 2022 E. 5.2 mit Hinweis, BGE 148 III 105 E. 3.3.1 a.E.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 8C_619/2014 vom 13. April 2014 E. 3.2.1). Nach der Lehre beweisen Arztzeugnisse grundsätzlich nur, dass die Erklärung von der ausstellenden Person abgegeben wurde. Aufgrund des Fachwissens der ausstellenden Person sowie der strafrechtlichen Sanktion (Art. 318 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 die beweisführende Partei 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). 2. 2.1

Die Klägerin

und Widerbeklagte führt zur Begründung ihrer Klage aus, sie sei seit der notfallmässigen Einweisung ins Spital Z.____

wegen akuter Verwirrtheit unklarer Genese und retrograder Amnesie mit anschliessender stationärer Behandlung ab dem 30. April 2020 zu 100 % arbeitsunfähig, wie sich aus den Berichten des Spitals Z.____, des Stadtsitals A.____ und von Dr. med. D.____, Fachärztin für Neurologie, vom Zentrum Verhaltensneurologie / Neuropsychologie Zürich ergebe.

Diesen seien per Magnetresonanztomographie [MRT] dargestellte multiple, subakute Ischämien mit Mikroblutungen und Substanzdefekten sowie aus neurologischer Sicht schwere neurokognitive Beeinträchtigungen mit 100%iger Arbeitsunfähigkeit zu entnehmen. Zusätzlich würden weitere Diagnosen, und zwar nebst dem Status nach Drogen- und Alkoholsucht sowie Bulimie insbesondere eine hypertensive Herzkrankheit und eine chronische Niereninsuffizienz, die Arbeitsfähigkeit

einschränken. Damit habe sie den Nachweis erbracht, dass sie krankheitsbedingt unverändert zu 100 % arbeitsunfähig sei, so dass die Beklagte und Widerklägerin auch ab dem 1. Mai 2012 weiterhin die vollen Taggeldzahlungen auszurichten habe. Das von der Beklagten dagegen vorgelegte psychiatrische Gutachten der MEDAS B.____

vom 22. Dezember 2020 und die Stellungnahme ihres Vertrauensarztes vermöchten diesen Beweis nicht umzustossen. Denn dem Gutachter hätten lediglich zwei ärztliche Berichte vorgelegen; zudem habe er keine schlüssige und eindeutige Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit abgegeben, sondern festgestellt, dass ihm das tatsächliche Aufgabenspektrum nicht bekannt und dass es möglich sei, dass eine maximal 60%ige Arbeitsfähigkeit auch bei der aktuellen Arbeit vorliege. Der Vertrauensarzt habe sich in Widersprüche verwickelt, indem er dennoch von einer 60%igen Arbeitsfähigkeit ausgegangen sei und gleichzeitig dargelegt habe, dass aufgrund der mittelgradigen kognitiven Störungen eine 50-70%ige Arbeitsunfähigkeit bestehe (Urk. 1 S. 4 ff.).

Als Eventualbegründung sei anzuführen, dass keine verwertbare Arbeitsleistung bestehe und ein Stellenwechsel nicht zumutbar sei. Sie habe mit ihrer Arbeitgeberin Y.____ sehr viel Glück. Denn dies setze sie im Sinne eines Beschäftigungsprogrammes zur Erhaltung der Tagesstruktur mit einer Leistungsfähigkeit von maximal 5 % ein. Sie könne nach Angaben ihres Bruders, der ebenfalls für die Y.____

arbeite, nicht allein eingesetzt werden und vergesse ihre Aufträge. Der Wert ihrer Arbeitsleistung sei für die Y.____, wenn überhaupt bestehend, marginal. Die Arbeit werde mit Fr. 940.-- pro Monat entlohnt, was allenfalls Rückschluss auf den Wert ihrer Arbeit für die Arbeitgeberin zulasse. Verglichen mit dem früheren Valideneinkommen von Fr. 60'630.-- pro Jahr ergebe dies einen Invaliditätsgrad von 80 % und somit ebenfalls Anspruch auf ein volles Taggeld. Selbst wenn aber eine höhere Leistungsfähigkeit an einem anderen Arbeitsplatz gegeben wäre, hätte sie angesichts ihrer kognitiven Störungen, unabhängig von der Frage, ob diese als schwer oder als mittelschwer zu taxieren seien, auf dem freien Arbeitsmarkt keine Chance auf eine neue Arbeitsstelle. Die Leistungspflicht für den vorliegend eingetretenen Versicherungsfall bleibe daher bestehen (Urk. 1 S. 7).

In Bezug auf die Mitteilung der Beklagten und Widerklägerin, die Zahlungen würden per 1. Juli 2021 wegen vermutlich schon länger bestehender Arbeitsunfähigkeit gänzlich sistiert (Urk. 7/1), sei zu erwidern, dass sie zu Beginn ihres Arbeitsverhältnisses mit der Y.____ noch zu 100 % arbeitsfähig gewesen sei. Dies beweise bereits die Tatsache, dass sie die zwei monatige Probezeit erfolgreich bestanden habe, und könne auch durch ihre Vorsetzten bestätigt werden. Aufgrund der Art der Erkrankung sei nicht mit einer Verbesserung des Gesundheitszustandes zu rechnen. Sie sei nach wie vor zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben (Urk. 6). 2.2

Die Beklagte und Widerklägerin

bringt dagegen und zu ihrer Widerklage vor, es sei offensichtlich, dass die bei der Klägerin und Widerbeklagten festgestellten Diagnosen, welche der teilweisen Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegen würden, Folgen eines langjährigen Alkohol- und Drogenabusus seien und nicht erst am 30. April 2020 entstanden seien. Die gesundheitlichen Einschränkungen als Folgen des Alkohol- und Drogenabusus hätten sich über die Jahre hinweg entwickelt und müssten bereits vor dem Arbeitsantritt beim Versicherungsnehmer, der Fabrik ihres Bruders, am 1. Dezember 2019 bestanden haben. Ein Korsakow-Syndrom (Alkoholdemenz) entwickle sich nicht in fünf Monaten. Die Diagnosen aus dem Jahr 2015 mit Hypokaliämie, Alkoholentzugsanfall, Schafentzug nach Amphetamineinnahme und Schädelhirntrauma nach einem Sturz auf den Hinterkopf sowie im MRT festgestellter unspezifischer Marklagerläsion (Veränderung des Hirngewebes) würden belegen, dass sich die massiven Gesundheitsbeeinträchtigungen, welche eine teilweise Arbeitsunfähigkeit beziehungsweise eine erhebliche Leistungseinbusse bewirken würden, bereits vor Arbeitsantritt am 1. Dezember 2019 entwickelt hätten. Der Zustand habe sich vom 1. Dezember 2019 bis 30. April 2020 vermutlich noch verschlimmert, so dass am 30. April 2020 eine zeitweilige Hospitalisation nötig geworden sei. Der Vertrauensarzt Dr. E.____, Facharzt für Neurologie und Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie (Urk. 12/27), sei zum Schluss gekommen, dass die Einschätzung des psychiatrischen Gutachtens vom 22. Dezember 2020, wonach eine 60%ige Arbeitsfähigkeit in der Tätigkeit als Produktionsmitarbeiterin in einer Fabrik bestehe, einleuchtender sei als die Einschätzung von Dr. D.____ einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit. Gemäss den Feststellungen des Stadtsitals A.____

vom 6. August 2021 habe die Klägerin und Widerbeklagte denn auch nach wie vor 80 % im Unternehmen des Bruders gearbeitet. Auch wenn sie dabei nicht die volle Leistung erbringe, sei davon auszugehen, dass noch eine Teilarbeitsfähigkeit bestehe. Gemäss Art. 5 Ziff. 3 AVB sei eine Person, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Police, beziehungsweise per Beginn des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise arbeitsunfähig sei, nicht versichert, es sei denn, dass sie während mindestens 30 Tagen während des Arbeitsverhältnisses wieder voll arbeitsfähig gewesen sei. Da die gesundheitlichen Einschränkungen chronisch seien und schon vor dem Arbeitsantritt am 1. Dezember 2019 bestanden hätten, sei die Klägerin und Widerbeklagte trotz ihrer Anstellung mit einem 100%igen Pensum zu Beginn und während ihrer Anstellung nie voll arbeits- respektive leistungsfähig gewesen. Sie sei somit gar nicht versicherbar gewesen und es hätten ihr keine Krankentaggelder ausgerichtet werden müssen. Jedenfalls aber sei die Kürzung des Taggeldes ab dem 30. April 2021 rechtmässig gewesen. Denn spätestens ab Januar 2021 (nach der Begutachtung) sei sie gemäss den übereinstimmenden Beurteilungen des Gutachtens vom 22. Dezember 2020 und des Vertrauensarztes vom 30. Mai 2021 nicht

mehr zu 100% arbeitsunfähig , sondern aktuell noch zu 60 % arbeits- res pektive leistungsfähig gewesen (Urk. 11 S. 5 ff.). 2.3

In den weiteren Vorträgen (Replik und Widerklageantwort [Urk. 15]

sowie Widerklageduplik [Urk. 22]) erklärt die Klägerin und Widerbeklagte , beide Begründungen der Beklagten und Widerklägerin (bestehende Arbeitsunfähigkeit bei Stellenantritt, 60%ige Arbeitsfähigkeit ab Dezember 2020) fänden in den Akten keine Stütze. Bezüglich der Arbeitsfähigkeit zu Beginn des Arbeitsverhältnisses habe das Bundesgericht im Urteil 4A_142/2021 erklärt , dass das versicherte Risiko immer nur die Arbeitsfähigkeit und nicht die Krankheit sei. Zudem sei die Ausgangslage in jenem Entscheid anders als bei ihr, da dort bereits einige Jahre zuvor eine IV-Anmeldung erfolgt sei und die Gutachter dem Versicherten bereits damals eine 20%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert hätten. In ihrem Fall sei zwar sich erlich richtig, dass sie am 17. Dezember 2015 einen klonisch tonischen epileptischen Anfall erlitten habe und schon damals gewisse Marklagerläsionen festgestellt worden seien. Jedoch hätten die ihr gestellten Diagnosen nie zu einer längerdauernden Einschränkung ihrer Arbeitsfähigkeit geführt. Sie habe danach noch mehrere Jahre bis Juni 2019 zu 100 % für ihre damalige Arbeitgeberin, die I.____ , gearbeitet und ab September 2019 im Stundenlohn sowie ab Dezember 2019 mit Festanstellung und Monatslohn für die Y.____ , wie sich dem Auszug aus dem individuellen Konto (IK) der SVA Zürich (U rk. 12/23/17) entnehmen lasse , wobei sie auch die vertraglich vereinbarte zwei monatige Probezeit bestanden habe. Erst Ende April 2020 habe sie sich notfall mässig in spitalärztliche Behandlung begeben und eine Arbeitsunfähigkeit sei erstmal s mit dem Spitaleintritt am 30. April 2020 attestiert worden . Damit sei erstellt, dass sie auf jeden Fall im Zeitpunkt ihrer Arbeitsaufnahme bei der Y.____ , also im September 2019, noch zu 100 % arbeits fähig gewesen sei, anderenfalls diese ihr wohl kaum eine Festanstellung mit vollem Lohn angeboten hätte. Soweit die Beklagte und Widerklägerin etwas Anderes behauptete, handle es sich um reine Spekulationen, die nicht durch die Akten gedeckt seien. Gerade schwere Alkoholiker würden oftmals noch gute bis sehr gute Leistungen erbringen, bevor ein plötzlicher, irreversibler Leistungsabfall eintrete. Da sie bei der Beklagten und Widerklägerin gegen das Risiko einer Arbeitsunfähigkeit versichert gewesen sei, bleibe kein Raum für eine Rückver gütung der bereits geleisteten Krankentaggeldzahlungen. Selbst wenn von einem fehlenden Versicherungs schutz ausgegangen würde, würde es für die geforderte Rückvergütung an einem Rechtsgrund fehlen. Denn diesfalls wären die Zahlun gen der Beklagten und Widerklägerin als freiwillige Bezahlung einer Nichtschuld zu qualifizieren. Die Beklagte könne sich aber nicht auf einen Irrtum über die Schuldpflicht im Sinne von A rt. 63 Abs. 1 OR berufen. Denn die gestellten Dia gnosen und die Tatsache, dass die Ursache hierfür höchstwahrscheinlich in einem früheren Suchtmittel missbrauch zu suchen gewesen seien, seien bereits aus den Berichten des Spitals Z.____ vom 30. April 2020 und d es Stadtsitals A.____ vom 22. Mai 2020 sowie aus jenem am 2. Juli 2020 zugestellten Bericht von Dr. med. F.____ , Facharzt für Allgemeine Innere Medizin , (vom 25. Juni 2020; Urk. 12/10) erken nbar gewesen. Ausserdem fehle es für eine Rückforderung an der Gegenseitigkeit der Forderungen, da die Beklagte und Widerklägerin die Krankentaggeldleistungen gar nicht direkt an sie, die Klägerin und Widerbe klagte, sondern an ihre Arbeitgeberin ausgerichtet ha be . Dies e wäre damit Adres sat allfälliger (bestrittener) Rückforderungsansprüche (Urk. 15 S. 2 ff. , Urk. 22 S. 3 f.).

Unter dem Titel « Höhe der Krankentaggelder (Grad der Arbeitsunfähigkeit)» wie derholte die Klägerin und Widerbeklagte die in der Klage

vorgebrachten Rügen am psychiatrischen Gutachten der MEDAS B.____

und den Stellungnahmen des Vertrauensarztes sowie ihren Standpunkt, dass bei ihr nach wie vor keine verwertbare Arbeitsfähigkeit mehr gegeben sei (Urk. 15 S. 5 f. , Urk. 22 S. 3 f.). Ergänzend führte sie aus, die IV-Akten würden das Bild einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit zumindest auf dem freien Arbeitsmarkt bestätigen. Die IV Sachbearbeiterin habe anlässlich des Erstgespräches festgestellt, dass sie, die Klägerin und Widerbeklagte, nicht auf ihre Fragen habe antworten können, weshalb sich das Gespräch schwierig gestaltet habe. Frühintegrations- oder gar berufliche Massnahmen habe sie angesichts der gestellten Diagnosen gar nicht erst in Erwägung gezogen, sondern ausschliesslich die Rentenprüfung empfohlen (Urk. 15 S. 7).

Der Standpunkt der Beklagten und Widerklägerin in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit und deren Verlauf sei widersprüchlich, da sie einerseits ausführe, der Krankheitsverlauf von so schweren Suchterkrankungen verlaufe progressiv, und andererseits eine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit ab Januar 2021 postuliere (Urk. 22 S. 4). Der sie, die Klägerin und Widerbeklagte, treffenden Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen sei sie nachgekommen, indem sie ihre Arbeitsunfähigkeit ab dem 30. April 2020 mittels Arzzeugnissen zweifelsfrei belegt habe. Dagegen treffe die Beweislast für die rechtsaufhebenden Tatsachen die Beklagte und Widerklägerin. Dies gelte für deren Behauptung, der Gesundheitszustand habe sich verbessert, so dass wieder eine 60%ige Arbeitsfähigkeit gegeben sei, und für die Behauptung, sie, die Klägerin und Widerbeklagte, sei schon zu Beginn ihres Arbeitsverhältnisses mit der Y.____ nicht mehr voll arbeitsfähig gewesen. Beide Beweise habe sie nicht erbracht (Urk. 22 S. 3).

Es sei sodann klarzustellen, dass ihr Bruder ebenso wie sie selbst bei der Y.____ angestellt sei und weder Firmeninhaber noch sonst irgendwie finanziell an der Aktiengesellschaft beteiligt sei; sie sei nicht von ihm angestellt worden und er verfüge auch nicht über die entsprechende Zeichnungsberechtigung (Urk. 15 S. 3, Urk. 22 S. 2). 2.4

Die Beklagte und Widerklägerin machte in der Duplik und Widerklagereplik (Urk. 19) dagegen geltend, das versicherte Risiko sei zwar in der Tat die Arbeitsunfähigkeit und nicht die Krankheit. Jedoch seien die Krankheit respektive die Diagnosen kausal für die Arbeitsunfähigkeit und würden aktenkundig nicht erst seit dem 30. April 2020 bestehen, auch wenn sie erst zu diesem Zeitpunkt so detailliert erhoben worden seien. Es sei nicht einzusehen, weshalb dieselben Diagnosen bei der gleichen Arbeit einmal eine 100%ige Arbeitsfähigkeit bewirken sollten und einmal nicht, zumal sich die Klägerin und Widerbeklagte auch während der Zeit, in der eine 80%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert worden sei, anlässlich der Begutachtung im Oktober und Dezember 2020 als voll leistungsfähige Mitarbeiterin beschrieben habe. Aufgrund der vorliegenden Diagnosen und des Krankheitsverlaufes sei anzunehmen, dass sie zwar von Anfang an teilweise arbeitsunfähig gewesen sei, aber während der Deklaration einer 80%igen Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt doch noch in höherem Grad leistungsfähig gewesen sei. Der Hauptbeweis der Klägerin (vollständige Arbeitsfähigkeit vom 1. September 2019 bis 30. April 2020 und Eintritt der Arbeitsunfähigkeit erst ab 30. April 2020) müsse als definitiv gescheitert gelten, da erhebliche Zweifel an der Erklärung der Klägerin und Widerbeklagten vorlägen, wonach die gravieren den gesundheitlichen Folgen des jahrelangen Alkohol- und

Drogenabusus erst am 30. April 2020 eingetreten seien und vorher eine 100%ige Arbeitsfähigkeit seit 1. September 2019 während mindestens 30 Tagen bestanden habe, wie es Art. 5 Ziff. 3 AVB voraussetze, damit eine Person überhaupt zum versicherten Personenkreis gehöre (Urk. 19 S. 2 f.).

Entgegen der Ansicht der Klägerin und Widerbeklagten sei eine Rückforderung in Anwendung der bereicherungsrechtlichen Regeln möglich. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 4C_337 vom 21. November 2006 E. 3.1) müsse der Irrtum, aus dem eine Nichtschuld bezahlt werde, nicht entschuldbar sein. Sie, die Beklagte und Widerklägerin, habe sich (bezüglich ihrer Taggeldleistungen) sehr wohl in einem Irrtum befunden. Denn sie sei aufgrund der Anmeldung der Klägerin und Widerbeklagten zum Bezug von Krankentaggeldern davon ausgegangen, dass sie die Voraussetzungen der Personen, die zum Kreis der Versicherten gehörten, erfülle, das heisse, mindestens 30 Tage voll arbeitsfähig gewesen sei (Urk. 19 S. 3

f.).

Der behaupteten 100%igen Arbeitsunfähigkeit sei entgegenzuhalten, dass nur schon Dr. F. ___ ab dem 22. Juni 2020 eine lediglich 80%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert habe. Vom 30. April 2020 bis 31. Mai 2020 habe er eine 100%ige und vom 1. bis 22. Juni 2020 eine 50 % Arbeitsunfähigkeit attestiert. Ferner sei der Beweiswert des umfassenden, auf fundierten Abklärungen gestützten Administrativgutachtens der MEDAS B. ___ entgegen den Vorbringen der Klägerin und Widerbeklagten voll gegeben, da keine konkreten Indizien gegen dessen Zuverlässigkeit sprechen würden. Die von ihrer Rechtsvertreterin ausgeführten Behauptungen seien zudem widersprüchlich, wenn sie unter Bezugnahme auf das Gutachten von Dr. D. ___ , welche am 22. April 2021 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit im ersten Arbeitsmarkt attestiert habe,

einerseits erkläre, ihre Anstellung sei im Jahr 2019 als Stelle im ersten Arbeitsmarkt zu betrachten, wo sie zu 100% gearbeitet und Leistung erbracht habe, und andererseits dieselbe Stelle im Jahr 2020 als solche im zweiten Arbeitsmarkt betrachte, wo sie zu 100 % arbeite und angeblich keine Leistung erbringe. Dagegen habe die Klägerin und Widerbeklagte selbst anlässlich der MEDAS-Abklärung im Oktober 2020 erklärt, auch im Jahr 2020 zu 100 % zu arbeiten und eine gute Leistung zu erbringen. Bezüglich des Gesundheitszustandes vom 1. September 2019 bis 30. April 2020 sei es aufgrund der Diagnosen nach der Hospitalisierung am 30. April 2020 überwiegend wahrscheinlich, dass die gesundheitlichen Einschränkungen schon lange vorher, mindestens seit dem 1. September 2019 eine Teilarbeitsunfähigkeit bewirkt hätten. Die Klägerin und Widerbeklagte habe gemäss dem IK-Auszug denn auch im Juli und August 2019 nicht und vom 1. September 2019 bis 30. November 2019 nur zu 20 % gearbeitet. Daher und aufgrund der Schwere der gesundheitlichen Schädigungen, welche bei so schweren und langjährigen Suchterkrankungen wie bei der Klägerin und Widerbeklagten progressiv und nicht zu einem bestimmten Datum auftreten würden, sei es überwiegend wahrscheinlich, dass sie seit dem 1. Dezember 2019 nie eine vollständige Arbeits- und Leistungsfähigkeit habe erbringen können , obschon sie zu 100 % angestellt gewesen sei (Urk. 19 S. 3 ff.).

In der Stellungnahme vom 6. Juli 2022 (Urk. 30) erklärte die Beklagte und Widerklägerin zudem ,

der eingereichte IV-Vorbescheid vom 15. Juni 2022 enthalte keine Begründung, weshalb die Arbeitsunfähigkeit 100 % betragen solle, und erkläre auch nicht, weshalb die Arbeitsunfähigkeit bei einer Suchterkrankung nicht schleichend, sondern plötzlich per 30. April 2020 eingetreten sein solle. Ausserdem führte die Beklagte und Widerklägerin in Ergänzung ihrer Vorträge aus, gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könnten weder ihre Gutachten und Berichte noch jene der Klägerin und Widerbeklagten

als Beweismittel im Sinne von Art. 168 ZPO dienen; sie seien lediglich Parteibehauptungen.

Dr. D.____ habe in ihrem Bericht vom 22. April 2021 festgehalten, dass unter Berücksichtigung der aktuellen Befunde nach wie vor keine verwertbare Arbeitsfähigkeit vorliege. Jedoch habe sie einen Satz später geschrieben, dass hinsichtlich der aktuellen beruflichen Tätigkeit leider wenig Angaben zur Art der Tätigkeit, Fehleranfälligkeit, Produktivität/Effektivität im Betrieb des Bruders der Patientin erhoben werden könnten. Auch eine Fremdanamnese fehle

(laut Dr. D.____). Von einer Vermittelbarkeit auf dem ersten Arbeitsmarkt sei nicht auszugehen. Theoretisch seien einfache Aufgaben im geschützten Rahmen und unter Supervision möglich.

Die Klägerin und Widerbeklagte stütze sich einzig auf diesen Bericht von Dr. D.____ vom 22. April 2021, welchem sie zudem in einem wichtigen Punkt widerspreche. Die Gutachterin sei bei der damals aktuellen Arbeitsstelle von einer Stelle im zweiten Arbeitsmarkt ausgegangen. Die Klägerin und Widerbeklagte habe aber ausführen lassen, dass es sich dabei um einen Arbeitsplatz im ersten Arbeitsmarkt handle. Dagegen stütze sie, die Beklagte und Widerklägerin, sich auf das betriebsunabhängige psychiatrische Gutachten vom 22. November 2020 mit neuropsychologischem Teilgutachten vom 13. November 2020 und auf die Beurteilungen der Vertrauensärzte vom 13. Januar 2021 sowie vom 30. Mai 2021. Diese Gutachten und Berichte, welche ihrer Begründung zugrunde liegen würden, seien schlüssig und würden mit ihrer Argumentation

übereinstimmen (Urk. 30 S. 2 ff.).

Bezüglich des Bruders der Klägerin und Widerbeklagten habe diese selber mehrmals gegenüber dem Gutachter der MEDAS B.____ erklärt, dass sie im Unternehmen des Bruders arbeite. Aufgrund deren Angaben sei zumindest davon auszugehen, dass er eine Stellung in der Y.____ innehave, welche gewisse Führungsfunktionen und Entscheidungsbefugnisse beinhalte (Urk. 19 S. 2). 2.5

2.5.1

Es ist unstrittig (Urk. 15 S. 3, Urk. 19), dass die Klägerin und Widerbeklagte ab dem 1. September 2019 bei der Y.____ als Mitarbeiterin

in der Produktion im Stundenlohn angestellt war

(Urk. 12/23/17/2, Urk. 12/23/19/8) und mit Wirkung ab dem 1. Dezember 2019 eine Festanstellung erfolgte (Urk. 16 S. 1 und S. 4, Urk. 12/23/19/1).

Die Beklagte und Widerklägerin ist in ihrer Klageantwort und Widerklage zunächst zwar allein von einer Anstellung ab dem 1. Dezember 2019 ausgegangen (Urk. 11 S. 2 und S. 5 f.); in der Duplik und Widerklagereplik hat sie jedoch die Darstellung der Klägerin und Widerbeklagten betreffend die Anstellung im Stundenlohn ab dem 1. September 2019

nicht bestritten und ist selbst von einer Tätigkeit für die Y.____ bereits ab diesem Datum ausgegangen (Urk. 19 S. 5). Der Beginn des Arbeitsverhältnisses ab dem 1. September 2019 ergibt sich zudem aus dem Arbeitgeberbericht zuhanden der Invalidenversicherung vom 22. Oktober 2020 («Anstellung «01.09.2019 bis 30.11.2020 im Stundenlohn»; Urk. 12/23/19/8), dem IK-Auszug (Urk. 12/23/17/2) und aus der Lohnabrechnung Mai 2021 («Eintritt: 01.09.2019»; Urk. 2/17). Davon ist daher auszugehen.

Fest steht ferner, dass die Y.____ bei der Mutuel Assurances SA (nachfolgend: Mutuel) für das gesamte Personal mit Wirkung ab dem 1. Januar 2018 eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hat (Police Nr. ____ vom 18. Dezember 2017; Urk. 12/2/1) und dass auf dieses Vertragsverhältnis die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe vom 1. September 2016/PCAM03-A1 (Urk. 12/3)

anwendbar sind (Urk. 12/2/1 S. 7).

Ebenfalls fest steht, dass die Klägerin und Widerbeklagte vom 30. April 2020 bis am 22. Mai 2020 zunächst im Spital Z.____

wegen Verwirrheitszuständen unklarer Genese mit retrograder Amnesie (Eintrittsbericht vom 30. April 2020; Urk. 12/4) und anschliessend

in der Klinik für Innere Medizin des Stadtspitals

A.____

stationär behandelt wurde, wo mittels MRT des Schädels als Korrelat für die mnestiche Störung multiple, subakute Ischämien mit Mikroblutungen und Substanzdefekten festgestellt wurden, welche toxisch-hypertensiv, als Folge des (inzwischen weitgehend sistierten) chronischen Alkoholkonsums und des zurück liegenden Amphetamin- und Kokainmissbrauchs interpretiert wurden (Bericht vom 22. Mai 2020; Urk. 12/8 S. 1 f.). Unstrittig ist auch, dass nach einem Sturz auf den Hinterkopf mit Schädelhirntrauma im Rahmen eines (verdachtsweise) erstmaligen generalisierten tonisch klonischen epileptischen Anfalls am 17. Dezember 2015

das damals durchgeführte MRT eine unspezifische Markläsion im Centrum semiovale links gezeigt hatte (Urk. 12/8 S. 1). 2.5.2

Strittig und zu prüfen ist, ob die Klägerin und Widerbeklagte

ab dem 1. Mai 2021 Anspruch auf Krankentaggelder gegenüber der Beklagten und Widerklägerin ausgehend von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit hat (Klage) oder ob sie zufolge fehlenden Versicherungsschutzes der Krankentaggeldversicherung ihrer Arbeitgeberin Y.____

gemäss der Police Nr. ____ (Urk. 12/2/1) keinen Anspruch auf Krankentaggelder hat und die vom 19. Mai 2020 bis 30. Juni 2021 (Urk. 12/7) bereits erbrachten Krankentaggelder daher zurückzuerstatten hat (Widerklage).

Zunächst ist die Frage zu klären, ob die Klägerin und Widerbeklagte in der leistungsrelevanten Zeit ab dem 30. April 2020 zum Kreis der Versicherten gehörte (E. 3 nachfolgend), da ohne eine solche Versicherungsdeckung sich die Frage nach dem strittigen Umfang der Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf den Leistungsanspruch ab Mai 2021

(dazu E. 4 hernach) nicht mehr stellen würde . 3. 3.1

Die Beklagte und Widerklägerin

hat ihre Leistungspflicht mit Blick auf Art. 5 Ziff. 3 AVB bestritten. Diese Bestimmung wird in den anwendbaren AVB unter dem Titel «B. Umfang der Versicherung» und dem Untertitel « Art. 5 Versicherte Personen» aufgeführt. Danach ist eine Person, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Police, beziehungsweise per Beginn des Arbeitsverhältnisses, ganz oder teilweise arbeitsunfähig ist, ohne ausdrückliche, in der Police erwähnte Vereinbarung nicht versichert . Sie ist versichert, sobald sie während mindestens 30 Tagen wieder voll arbeitsfähig war (Urk. 12/3 S. 2). In der Police Nr. ____ ist keine solche ausdrückliche Vereinbarung aufgeführt (Urk. 12/2/1).

In Art. 3 Ziff. 9 AVB wird der Versicherungsfall unter dem Titel «Art. 3 Definitiven» folgendermassen definiert: «Unter Versicherungsfall wird der Eintritt einer Unfähigkeit verstanden, die Anspruch auf Leistungen gibt und auf eine oder mehrere Gesundheitsbeeinträchtigungen zurückzuführen ist. » In der Police wird zur Versicherungsdeckung erklärt, versichert seien die wirtschaftlichen Folgen einer Arbeitsunfähigkeit (Urk. 12/2/1 S. 3).

Nach der Definition in Art. 3 Ziff. 7 AVB gilt als Arbeitsunfähigkeit die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als 6

Monate, hängt der Leistungsanspruch von der Erwerbsunfähigkeit ab.

Nach Art. 11 Ziff. 1 AVB beginnt die Versicherungsdeckung für jeden Versicherten mit dem Tag des Inkrafttretens seines Arbeitsvertrages, frühestens jedoch mit Inkrafttreten der Police. 3.2

Gemäss dem klaren Wortlaut und unstrittigen Sinn dieser vertraglichen Regelung und insbesondere von Art. 5 Ziff. 3 AVB stellt

der während der Vertragsgeltung eintretende krankheitsbedingte volle oder teilweise Verlust der Arbeitsfähigkeit

das befürchtete Ereignis respektive den Versicherungsfall dar, und nicht die Erkrankung als solche, die zu einer Arbeitsunfähigkeit führt. Wann die Krankheit, die zu einer Arbeitsunfähigkeit führt, diagnostiziert wurde oder sich erstmals manifestiert hat, ist danach unerheblich. Unerheblich ist mithin auch, wann die Krankheit aufgetreten ist und ob sie früher bereits einmal die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A _631/2016 vom 21. April 2017 E. 2.3).

Für einen Deckungsausschluss wird nach Art. 5 Ziff. 3 AVB vorausgesetzt, dass die Krankheit im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Police beziehungsweise per Beginn des Arbeitsverhältnisses der betreffenden Person bereits eine ganze oder teilweise Arbeitsunfähigkeit bewirkt hat . Der Deckungsausschluss entfällt erst, wenn die Person danach während mindestens 30 Tagen wieder voll arbeitsfähig war . Ein Deckungsausschluss

wäre in Bezug auf die Klägerin und Widerbeklagte mithin nur anzunehmen, wenn sie bereits am 1. September 2019 (zumindest teilweise) arbeitsunfähig und danach (bis zum Zeitpunkt der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit

ab dem 30. April 2020) nicht während 30 Tagen voll arbeitsfähig gewesen war. Falls dies der Fall war, wie die Beklagte und Widerklägerin behauptet (Urk. 11 S. 6), wäre die Klägerin und Widerbeklagte für die Arbeitsunfähigkeit ab dem 30. April 2020 aufgrund von Art. 5 Ziff. 3 AVB nicht versichert gewesen und hätte keinen Anspruch auf Krankentaggelder, was nachfolgend zu prüfen ist. 3.3 3.3.1

Die Beklagte und Widerbeklagte (Urk. 11 S. 5 ff., Urk. 19 S. 3 und S. 5, Urk. 30 S. 4) stützt ihre Behauptung, die Klägerin und Widerbeklagte sei bereits vor und im Zeitpunkt ihres Arbeitsantrittes bei der Y.____

am 1.

September 2019 sowie auch danach bis zu ihrer stationären Behandlung ab dem 30. April 2020 nie voll arbeitsfähig gewesen, auf den (unbestrittenen) Umstand, dass die Klägerin und Widerbeklagte an den gesundheitlichen Folgen einer langjährigen Suchterkrankung leidet.

Den von ihr vorgelegten

ärztlichen Unterlagen, namentlich dem

Eintrittsbericht des Spitals Z.____ vom 30. April 2020 (Urk. 12/4), den Berichten des Stadtspitals A.____ vom 22. Mai 2020 (Urk. 12/8 S. 1 f.), 19. Juni 2020 (Urk. 12/23/3/3-7)

und vom 12. Oktober 2020 (Urk. 12/13) sowie von Dr. F.____ vom 25. Juni 2020 (Urk. 12/10 S. 1) und vom 2. Juli 2020 (Urk. 12/23/1), sind zwar Anhaltspunkte auf eine vorbestehende langjährige

Suchtproblematik (mehrfacher Substanzenabusus)

und als Folge davon toxisch-hypertensiv bedingte Gehirnschädigungen (unspezifische Marklagerläsion, multiple, subakute cerebrale Ischämien mit Mikroblutungen und Substanzdefekten respektive toxisch-ischämische Enzephalopathie) mit kognitiven Störungen zu entnehmen. Diese medizinischen Unterlagen liefern jedoch entgegen der Behauptung der Beklagten und Widerklägerin keinen Beleg dafür, dass die Klägerin und Widerbeklagte deswegen bereits bei Stellenantritt am 1. September 2019 arbeitsunfähig war.

Aus der Zeit vom 1. September 2019 bis 30. April 2020 liegt denn auch allein das Arbeitsunfähigkeits-Zeugnis von Dr. F.____ vom 14. Januar 2020 vor, welches eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 13. bis 17. Januar 2020 bescheinigt (Urk. 12/5/6). Sämtliche übrigen vorliegenden ärztlichen Zeugnisse zur attestierten Arbeitsunfähigkeit beziehen sich auf die Zeit ab dem 30. April 2020 (Urk. 12/6, Urk. 12/23/24/3-6).

Selbst eine ärztliche Behandlung in der Zeit unmittelbar vor und ab dem 1. September 2019 ergibt sich nicht aus den vorgelegten Unterlagen und wurde auch nicht behauptet; so stand die Klägerin und Widerbeklagte beim Hausarzt Dr. F.____ gemäss dessen Auskunft an die Beklagte und Widerklägerin vom 2. Juli 2021 erst seit dem 14. Januar 2020 in Behandlung (Urk. 12/30). Keinem der medizinischen Berichte ist zudem eine retrospektive Einschätzung zur Arbeits(un)fähigkeit ab September 2019 zu entnehmen, so dass sich auch damit die Behauptung der Beklagten, aus den gestellten Diagnosen ergebe sich eine damalige Arbeitsunfähigkeit, nicht stützen lässt. Ferner wurde im Arbeitgeberbericht der Y.____ vom 22. Oktober 2020 zuhanden der Invalidenversicherung unter dem Titel «Krankheits- und/oder unfallbedingte Absenzen» keine Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. September

2019 oder ab der Festanstellung ab dem 1. Dezember 2019, sondern erst ab dem 30. April 2020 aufgeführt (Urk. 12/ 23/ 19/8).

Allein aus den ab April 2020 festgestellten Beschwerdebildern und den gestellten Diagnosen

lässt sich entgegen der Behauptung der Beklagten und Widerklägerin keine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 3 Ziff. 7 AVB bereits ab September 2019 ableiten, auch wenn erste Anzeichen für eine toxisch bedingte Hirnschädigung

(unspezifische Marklagerläsion, rückblickend am ehesten mikroangiopathisch ; Bericht des Stadtspitals A.____ vom 19. Juni 2020, Urk. 12/23/3/6-7) sich bereits im Jahr 2015 gezeigt hatten und sie unstrittig später ab dem 30. April 2020 zur Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit führten. Denn zusätzlich dazu , dass für eine

Beeinträchtigung der Leistungs-

und Arbeitsfähigkeit ab dem 1. September 2019 kein ärztliches Zeugnis vorliegt , ist in keiner Art und Weise belegt , dass die festgestellte kognitiv-mnestische Störung auf grund multipler cerebraler Ischämien , welche zur stationären Behandlung ab dem 30. April 2020 führte (Urk. 12/4 S. 1 f. , Urk. 12/8 S . 2) , bereits vor und bei Arbeitsantritt am 1. September 2019 mit zu Tage getretener Auswirkung bestand und derart erheblich war, dass die Klägerin und Widerbeklagte die Hilfstätigkeit als Produktionsmitarbeiterin deshalb ganz oder teilweise nicht hatte ausüben können .

Daran ändert nichts, dass - wie die Beklagte und Widerklägerin vorbringt (Urk. 19 S. 5) - die Klägerin und Widerbeklagte vor ihrer Anstellung bei Y.____ gemäss dem IK-Auszug (Urk. 12/23/17/2) in den Monaten Juli und August 2019 keine Erwerbstätigkeit ausübte , zumal selbst eine allfällige Arbeitsunfähigkeit in diesen Monaten, wofür keine Belege vorliegen, keinen Deckungsausschluss nach Art. 5 Abs. 3 ABV begründen würde. 3.3.2

Es ist zudem unstrittig und ausgewiesen, dass die Klägerin und Widerbeklagte

in der Kunststoffproduktion bei Y.____

ab dem 1. September 2019 zunächst

im Stundenlohn angestellt war

(Urk. 12/23/19/8) . Erst ab dem 1. Dezember 2019 folgte die Festanstellung mit einem vertraglich vereinbarten Monatslohn und einem 100%igen Pensum , wobei das Arbeitsverhältnis auch während der

vertraglich vereinbarten Probezeit von zwei Monaten, mithin bis Ende Januar 2020, nicht aufgelöst

wurde (Urk. 16 S. 1 und S. 4, Urk. 12/23/19) .

Die Festanstellung nach der anfänglichen Anstellung im Stundenlohn und das Bestehen der Probezeit weisen ebenfalls darauf hin, dass bei Arbeitsantritt keine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit bestand.

Die Behauptung der Beklagten und Widerklägerin sodann, vom 1. September 2019 bis 30. November 2019 habe die Klägerin und Widerbeklagte nur mit einem Pensum von 20 % gearbeitet (Urk. 19 S. 5), besagt ebenfalls nichts über ihre Arbeitsfähigkeit ab September

2019. Ein solches durchschnittliche s Arbeitspensum in diesem Zeitraum, in welchem eine Anstellung im Stundenlohn bestanden hatte (Urk. 12/23/19/8), wird überdies durch keine Belege, wie etwa die Lohnabrechnungen oder ähnliches, gestützt und kann nicht nachvollzogen werden. Zwar wurde im neuropsychologischen Teilgutachten vom 13. November 2020 bei der Frage, ob eine Wiederaufnahme der Arbeit in einer dem Gesundheitszustand angepassten Tätigkeit zumutbar sei, erklärt, die Klägerin und Widerbeklagte arbeite seit September 2019 zu 20 % als Produktionsmitarbeiterin (Urk. 12/15 S. 10). Es ist indes unklar, ob es sich dabei um die Wiedergabe einer Aussage der Klägerin und Widerbeklagten, die allerdings an keiner anderen Stelle im Teil- und im Hauptgutachten (Urk. 12/15-16) zu finden ist, oder entsprechend der Fragestellung um die Einschätzung der (Rest-)Arbeitsfähigkeit handelt, so dass diese Angabe die Behauptung der Beklagten und Widerklägerin nicht zu stützen vermag. Zudem weist das gemäss dem IK-Auszug vom 1. September 2019 bis 31. Dezember 2019 erzielte Bruttoeinkommen von Fr. 18'487.-- (Urk. 12/23/17/2) auf ein erheblich höheres Pensum hin. Und zwar erzielte die Klägerin und Widerbeklagte abzüglich des Monatslohnes von Dezember 2019 von Fr. 4'780.-- gemäss dem Arbeitgeberbericht der Y.____ vom 22. Oktober 2020 (Urk. 12/23/19 S. 6; vgl. auch Arbeitsvertrag, Urk.

16 S. 1 f.) in den drei Monaten von September bis November 2019 durchschnittlich Fr. 4'569.-- pro Monat (Fr. 13'707.-- : 3), mithin fast so viel wie mit der Festanstellung ab Dezember 2019 mit einem 100%igen Pensum. Ein krankheitsbedingt eingeschränktes lediglich 20%iges Arbeitspensum von September bis November 2019 ist daher nicht erstellt.

Bezüglich ihrer Behauptung, die Klägerin und Widerbeklagte sei im Unternehmen ihres Bruders angestellt oder dieser habe in der Y.____

zumindest eine Stellung mit gewissen Führungsfunktionen und Entscheidungsbefugnissen, zum Beispiel betreffend Anstellung von Personen (Urk. 19 S. 2), hat die Beklagte und Widerklägerin nicht substantiiert, dass und inwiefern dies gegen eine 100%ige Arbeitsfähigkeit ab dem 1. September 2019 spricht. Dass die Y.____ vom Bruder der Klägerin und Widerbeklagten im Sinne eines Geschäftsinhabers massgeblich dominiert wird, kann zudem aufgrund der von der Klägerin und Widerbeklagten (Urk. 22 S. 2) dagegen geltend gemachten fehlenden Zeichnungsberechtigung (Urk. 23) ausgeschlossen werden.

Auch aus den tatsächlichen Arbeitsverhältnissen lässt sich somit kein hinreichender

Hinweis

auf eine Beeinträchtigung der Leistungs- und Arbeitsfähigkeit bereits ab September 2019 entnehmen. 3.4

3.4.1

Nach dem Gesagten bestehen entgegen dem Standpunkt der Beklagten und Widerklägerin keine hinreichenden Zweifel an der vollständigen Arbeitsfähigkeit bei Arbeitsantritt ab dem 1. September 2019 respektive während 30 Tagen vor der stationären Behandlung ab dem 30. April 2020. Erst recht ist keine Arbeitsunfähigkeit bei Arbeitsantritt ausgewiesen

(vgl. zur Beweislast des Versicherers für solche Tatsachen, die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen: BGE 148 I II 105 E. 3.3.1, 130 III 321 E. 3.1).

E in A us schluss der Klägerin und Widerbeklagten von der Versicherungsdeckung nach Art. 5 Ziff. 3 AVB ist folglich zu verneinen .

Anzumerken ist zudem, dass damit

jedenfalls auch die Anwendung des zwingend geltenden (Art. 97 VVG; BGE 127 III 21 E. 2b/ bb in fine) und daher von Amtes wegen

zu berücksichtigenden Rückwärtsversicherungsverbot nach Art. 9 VVG entfällt . Denn das befürchtete Ereignis, der krankheitsbedingte Verlust einer zuvor gegebenen Arbeitsfähigkeit, war bei Arbeitseintritt am 1. September 2019 zukünftig und ungewiss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_631/2016 vom 21. April 2017 E. 2.3.2). 3.4.2

Es ist im Folgenden daher davon auszugehen, dass die Klägerin und Widerbeklagte bei Eintritt der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit ab dem 30. April 2020 durch die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung ihrer Arbeitgeberin Police Nr. ____ vom 18. Dezember 2017 (Urk. 12/2/1) versichert war. 4.

E. 4

, Urk. 12/23/19). Die Y. ____ hat

bei der Mutuel Assurances SA (nachfolgend: Mutuel) für das gesamte Personal ab dem 1. Januar 2018 die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) , pro Versicherungsfall

für die Leistungsdauer von 730 Tagen mit

einer Warte frist von 30 Tagen , abgeschlossen

(Police Nr. ____

vom 18. Dezember 2017 ; Urk. 12/2 /1). Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe vom 1. September 2016/PCAM03-A1 (Urk. 12/3), wurden zum integralen Bestandteil des Versicherungsverhältnisses erklärt (Urk. 12/2 /1 S.

E. 4.1.1

Betreffend die Arbeitsfähigkeit behauptet die Klägerin und Widerbeklagte, auch nach der bis am 22. Mai 2020 erfolgten stationären Behandlung (Urk. 12/8) und über den 1. Mai 2021 hinaus anhaltend zu 100 % arbeitsunfähig gewesen zu sein , ohne dass eine noch verwertbare Arbeitsleistung gegeben und ein Stellenwechsel zumutbar sei (Urk. 1 S. 5 und S. 7 , Urk. 6 S. 2 , Urk. 15 S. 5 ff. , Urk. 22 S. 4 f.) . Als Beweis offeriert sie hierzu die Berichte des Spitals Z. ____ (Urk. 2/10 = Urk. 12/4), des Stadtspitals A. ____ (Urk. 2/12-15 = Urk. 12/8, Urk. 12/13, Urk. 12/23/3-8; Urk. 7/4) und von Dr. D. ____ (Urk. 2/7, Urk. 2/11 = Urk. 12/9, Urk. 12/25) sowie den Bericht der SVA, IV-Stelle, zur Früherfassung vom 10. September 2020 (Urk. 12/23/8). Ausserdem offeriert sie zur Behauptung, Dr. F. ____ , das Stadtspital A. ____ und Dr. D. ____ würden eine seit 30. April 2020 andauernde 80-100%ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigen, als Beweis die Berichte von Dr. D. ____ vom 25. Juni 2020 (Urk. 12/9 = Urk. 2/11) und vom 22. April 2021 (Urk. 12/25 = Urk. 2/7) sowie diverse Arztzeugnisse (Urk. 12/6, Urk. 12/23/16/3-28) .

E. 4.1.2

Die Beklagte und Widerklägerin hat im Zeitraum vom 30. April 2020 bis 30. Juni 2021 Krankentaggelder wie folgt ausgerichtet (Urk. 12/7): - vom 19. bis 31. Mai 2020

ausgehend von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit - vom 1. bis 21. Juni 2020 ausgehend von einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit - vom 22. Juni 2020 bis 30. April 2021

ausgehend von einer 80%igen Arbeitsunfähigkeit

- vom 1. Mai 2021 bis 30. Juni 2021

ausgehend von einer 51%igen Erwerbsunfähigkeit

(Urk. 12/18-19).

Ab dem

1. Juli 2021 sistierte die Beklagte und Widerklägerin die Taggeldleistungen vorläufig im Hinblick auf das vorliegende Gerichtsverfahren und ihren Standpunkt der vorbestehenden Arbeitsunfähigkeit (Urk. 7/1 ; vgl. dazu E. 3 hier vor).

Sie bestreitet das Vorliegen einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit insbesondere für die Zeit ab Januar 2021 und geht ab dann von einer 60%igen Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit aus, wobei sie die bisherige Tätigkeit als Produktionsmitarbeiterin als leidensangepasst erachtet. Sie stützt sich dabei auf das psychiatrische Gutachten der MEDAS B. ___ vom 22. Dezember 2020 (Urk. 12/16) mit neurologischem Teilgutachten vom 13. November 2020 (Urk. 12/15) und auf die vertrauensärztlichen Stellungnahmen von Dr. C. ___ vom 13. Januar 2021 (Urk. 12/17/2) und von Dr. E. ___ vom 30. Mai 2021 (Urk. 12/27). Nach viermonatiger Übergangsfrist postuliert sie die Kürzung des Taggeldes ab 30. April 2021 auf (den Grad der Erwerbseinbusse von) 51 % (Urk. 11 S. 6 ff., Urk. 19 S. 4 ff. mit Verweis auf Urk. 12/7, Urk. 30 S. 4). Gemäss der Berechnung vom 26. Januar 2021 (Urk. 12/18-19) bestimmte sie den Wert von 51 % mittels Vergleichs des bisherigen, für das Jahr 2019 massgebenden jährlichen Einkommens von Fr. 60'630.-- mit einem noch zumutbaren Einkommen gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) des Jahres 2016 (unter Berücksichtigung der Nominallohnentwicklung 2017-2019, der Restarbeitsfähigkeit von 60 % und eines leidensbedingten Abzuges von 10 %) von Fr. 29'888.40 aufgrund eines Lohnausfalls von 30'741.60 (Urk. 12/18).

Die Klägerin verlangt - wie gesagt - Krankentaggeldzahlungen ab 1. Mai 2021 auf der Basis einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit (Urk. 1 S. 2).

E. 4.2

5

Die Klägerin und Widerbeklagte trägt die Beweislast für den Fortbestand und den Umfang der behaupteten leistungsbegründenden Arbeitsunfähigkeit. Dabei gilt das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung (BGE 148 III 105 E. 3.3.1). Ihr obliegt auch der Beweis dafür, dass ab Anfang Januar 2021 selbst in einer aus medizinischer Sicht zumutbaren anderen respektive in einer leidensangepassten Tätigkeit eine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit in dem Umfang bestand, welcher eine leistungsbegründende Erwerbsunfähigkeit (Erwerbseinbusse nach Art. 8 AVB) von mehr als der anerkannten 51 % ab dem 1. Mai 2021 ergibt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2015 vom 18. März 2016 E. 4.2).

Diese Beweislastverteilung ändert sich nicht etwa dadurch, dass die Beklagte und Widerklägerin zunächst Taggeldleistungen erbrachte (vgl. BGE 141 III 241 E. 3.1). Ist die

Tatsache der (Höhe) der Arbeitsunfähigkeit aber positiv erstellt, liegt kein offenes Beweisergebnis vor und die Beweislastverteilung ist insofern gegenstandslos (vgl. BGE 141 III 241 E. 3.2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A_66/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2-3.3).

4.3.4.3.1

Die Klägerin und Widerbeklagte beruft sich auch zum Beweis ihrer anhaltenden 100%igen Arbeitsunfähigkeit auf die vorliegenden Arztzeugnisse. Mit den Arztzeugnissen des Spitals Z.____ (Urk. 12/6/1), des Stadtspitals A.____ (Urk. 12/6/2-3) und von Dr. F.____ (Urk. 12/6/4-18) wurde jedoch lediglich eine Einschätzung zur Arbeitsfähigkeit wegen Krankheit in der bisherigen Tätigkeit festgehalten und zudem wurde eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit nur für den Zeitraum von 30. April 2020 bis 31. Mai 2020 attestiert. Ab dann wurde jedoch eine Arbeitsunfähigkeit von lediglich 50 % vom 1. Juni 2020 bis 21. Juni 2020 und von 80 % (bei 100%iger Anwesenheit) vom 22. Juni 2020 bis 15. November 2021 attestiert.

Die Krankentaggeldleistungen der Beklagten und Widerklägerin richteten sich bis Ende April 2021 nach diesen Arztzeugnissen und stimmen im Umfang damit überein (Urk. 12/7) . Die Beklagte und Widerklägerin hat diese Atteste

denn auch nicht bestritten, sondern hat selbst darauf Bezug genommen (Urk. 19 S. 4), um für die Zeit ab dem 22. Juni 2020 aufzuzeigen, dass damit eine 80%ige und jedenfalls nicht die von der Klägerin und Widerbeklagten behauptete andauernde 100%ige Arbeitsunfähigkeit (in der bisherigen Tätigkeit) attestiert wurde . Dies trifft zu. Die Arztzeugnisse belegen

insbesondere auch für die Zeit ab Januar 2021 keine 100%ige Arbeitsunfähigkeit der Klägerin und Widerbeklagten, sondern eine 80%ige Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit . Die Beklagte und Widerklägerin hat die Krankentaggelder während der Übergangsfrist von Januar bis Ende April 2021 basierend darauf geleistet. In Bezug auf die Klage spielt dies eine untergeordnete Rolle, da die Klägerin und Widerbeklagte erst ab dem 1. Mai 2021 Taggeldleistungen auf der Basis einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit beantragt hat (Urk. 1 S. 2).

Wie ausgeführt ist indes nach Ablauf der Übergangsfrist Ende April 2021 nicht mehr die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit , sondern die Erwerbsunfähigkeit im Sinne von Art. 3 Ziff. 7 Satz 2 AVB entscheidend. Zu deren Bestimmung ist die Leistungseinschränkung in einer zumutbaren anderen Tätigkeit massgeblich. Aus den vorliegenden Arztzeugnissen lässt sich dazu und/oder zur Zumutbarkeit eines Berufswechsels indes nichts entnehmen. Sie sind daher insofern nicht beweistauglich und die Klägerin und Widerbeklagte kann daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Auch der Bericht des Spitals Z.____ vom 30. April 2020 (Urk. 12/4) und der Bericht des Stadtspitals A.____ vom 22. Mai 2020 (Urk. 12/8) , welche die stationäre Behandlung bis am 22. Mai 2020 dokumentieren, enthalten keine solchen Angaben und lassen zudem keine verlässlichen Rückschlüsse dazu in Bezug auf die Zeit ab Januar 2021 zu .

4.3.2

In den (von der Klägerin und Widerbeklagten ebenfalls als Beweismittel offerierten) Berichten der Abteilung für Neurologie des Stadtspitals A.____ vom 19. Juni 2020 (Urk. 12/23/3/6-8 = Urk. 2/13) , vom 12. Oktober 2020 (Urk. 12/13 = Urk. 2/14) , vom 9.

Februar 2021 (Urk. 2/15) und vom 6. August 2021 (Urk. 7/4)

sodann wurden die folgenden Diagnosen aufgeführt: Verdacht auf / Am e hesten toxisch-ischämische Enzephalopathie bei multiplem Substanzenabusus (Alkohol, Amphetamin, Kokain); hypertensive H erzerkrankung; chronische Niereninsuffizienz KDIGO G2 (Klassifizierung nach Kidney Disease: Improving Global Outcomes; Ätiologie: hypertensiv- vasosklerotisch);

chronischer Alkoholkonsum: anamnestisch aktuell: zirka ein Bier pro Tag und eine Flasche Wein pro Woche, bis vor einem Jahr täglich Wodka; langjähriger Drogenabusus (Speed und Kokain), aktuell anamnestisch abstinent; Verdacht auf erstmaligen generalisierten tonisch klonischen epileptischen Anfall am 17. Dezember 2015 mit/bei unspezifischer Markläsion Centrum semiovale links (MRT Dezember 2015), rückblickend am e hesten mikroangiopathisch; panvertebrales Schmerzsyndrom; Status nach Bulimie. Anlässlich der klinisch-neurologischen Untersuchung vom 19. Juni 2020 wurde festgehalten, es bestünden seit dem Austritt aus der internistischen Station noch immer auch subjektiv vorhandene Gedächtnisstörungen. Klinisch hätten sich eine mnestiche Störung, eine psychomotorische Verlangsamung und eine Hyperreflexie gezeigt. Vor zirka zwei Wochen habe sie die Arbeit wieder zu 50% aufgenommen. Es gehe gut, es sei bereits eine Steigerung geplant. Sie lebe allein in der Wohnung. Ihre Mutter gehe aktuell häufig vorbei, um sie im Haushalt zu unterstützen, was nach ihrer Ansicht auch nötig sei (Urk. 12/23/3/6-7).

Anlässlich der klinisch-neurologischen Untersuchung vom 12. Oktober 2020 zeigte sich gemäss dem Bericht gleichen Datums ein anamnestisch und auch klinisch aktuell stabiler Befund. Es seien keine Episoden mit Verschlechterung der vorbestehenden neurologischen Defizite aufgetreten, insgesamt bestehe subjektiv eine Stabilisierung. Sie sei aktuell zu 20% im Betrieb des Bruders tätig. Sie erhalte von der G.____ Unterstützung in der eigenen Wohnung, zusätzlich kümmere sich die Mutter regelmässig um die Belange der Tochter. Von einer relevanten Arbeitsfähigkeit sei gemäss neuropsychologischem Befund nicht auszugehen. Die neuropsychologische Untersuchung von Dr. D.____ vom 22. Juni 2020 habe eine schwere kognitive Störung im Sinne eines schweren amnestischen Syndroms mit anterograde Amnesie, frontalem Verhaltenssyndrom, Beeinträchtigung sprachlicher und sprachassoziierter Funktionen, visuo-konstruktiv-planerischer Schwierigkeiten und mittelschwer bis schwer eingeschränkten frontalexekutiven Funktionen in der neuropsychologischen Untersuchung ergeben (Urk. 12/13).

Gemäss dem Bericht vom 9. Februar 2021 berichteten die Patientin und ihre Mutter anlässlich der neurologischen Verlaufskontrolle vom 8. Februar 2021 von einem seit dem stationären Aufenthalt im Mai 2020 stabilen, subjektiv eher leicht gebesserten Verlauf in Bezug auf die kognitiven Defizite und die Gangstörung ohne erneute akute Verschlechterungen oder neu aufgetretenen fokal-neurologischen Defizite. Klinisch-neurologisch sei der Befund in etwa unverändert. Im zwischenzeitlich durchgeführten Schädel-MRT zeigten sich neben einer Zunahme der vaskulären Leukenzephalopathie keine wesentlichen neuen Aspekte. Die Patientin habe über eine 80%ige Arbeitsfähigkeit im Betrieb des Bruders berichtet. Die Patientin könne mit der Belastung unter diesen Bedingungen gut umgehen. Im häuslichen Bereich habe sie Unterstützung von ihrer Schwester, ihrem Bruder und ihrer Mutter sowie einmal pro Woche von der G.____ (Urk. 2/15 S. 1 f.).

In der klinisch-neurologischen Untersuchung vom 5. August 2021 habe die Patientin gemäss dem Bericht vom 6. August 2021 über einen stabilen Verlauf mit subjektiv in etwa unveränderter Konzentrationsfähigkeit, Gedächtnisleistung, Gangsicherheit und unveränderten feinmotorischen Fähigkeiten berichtet. Sie arbeite weiterhin zu zirka 80 % im Betrieb des Bruders; sie habe dort jedoch keine spezifischen Aufgaben, helfe ein bisschen hie und da aus. Sie lebe weiterhin in der eigenen Wohnung und werde von ihrer Mutter sowie einmal pro Woche von der G.____ unterstützt. Auch klinisch habe sich ein weitgehend stabiler neurologischer Befund seit der letzten Konsultation vor sechs Monaten gezeigt. Die zweisuchenzeitlich durchgeführte neuropsychologische Verlaufsuntersuchung durch Dr. D.____ vom 22. April 2021 habe weiterhin eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit ergeben aufgrund des mittelschweren bis schweren neurokognitiven Defizits mit frontalem Verhaltenssyndrom, anamnestischem Syndrom, toxischer, visuo-konstruktiv-planerischer und exekutiver Dysfunktion mit Korsakow-Syndrom. Von einer massgeblichen Besserung der Symptomatik sei aktuell nicht auszugehen (Urk. 7/4).

Gegen die Aussagen in diesen Berichten der Abteilung für Neurologie des Stadtspitals A.____, welche beweisrechtlich als Bestandteil der Parteivorbringen gelten (BGE 140 III 24 E. 3.3.3; 140 III 16 E. 2.5), hat die Beklagte und Widerklägerin im Einzelnen - abgesehen von den generellen Verweisen auf die Beurteilungen ihrer Vertrauensärzte und der MEDAS B.____

- nichts eingewendet. Mangels substantiierter Bestreitungen sind die Feststellungen in den Berichten der Abteilung für Neurologie des Stadtspitals A.____, welche aufgrund

der neurologisch-klinischen Untersuchungen erfolgten,

als gegeben anzunehmen. So

ist erwiesen, dass der Krankheitsverlauf nach der Hospitalisierung im Mai bis Juni 2020 weitgehend stationär war. Die neurologische Befundlage mit leichter psychomotorischer Verlangsamung, leichten

sakkadierten Augenfolgebewegungen, leichter Tonuserhöhung der Extremitäten linksbetont und mit lebhaften bis gesteigerten Muskelreflexen inklusive ASR (Achillessehnenreflex) und mit breitbasigem Gangbild mit unsicherem Strichgang (Urk. 7/4 S. 2) sowie die neuropsychologischen, neurokognitiven Defizite blieben seit der stationären Behandlung im Mai/Juni 2020 bestehen. Sie

bestanden mithin auch

noch in der hier massgeblichen Zeit ab Anfang Januar beziehungsweise Mai 2021.

Allerdings enthalten diese Berichte keine (eigenen) ärztlichen Einschätzungen der Arbeitsfähigkeit durch die Ärzte des Stadtspitals A.____ selbst und insbesondere keine Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit und/oder der Zumutbarkeit der Tätigkeit in einem anderen Aufgabenbereich, von welchen ohne Weiteres gegebenenfalls ausgegangen werden und mit welchen die geltend gemachte vollständige Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit belegt werden könnte.

Denn diesbezüglich haben sie allein die Angaben der Klägerin und Widerbeklagten zu ihrer aktuellen Arbeitstätigkeit und das Ergebnis der verhaltensneurologisch-neuropsychologischen Abklärungen von Dr. D.____

wieder. 4. 4.4.1

Die Ausführungen von Dr. D.____ zu ihren verhaltensneurologisch-neuropsychologischen Abklärungen in den Berichten vom 25. Juni 2020 (Urk. 12/9 = Urk. 2/11) und vom 22. April 2021 (Urk. 12/25 = Urk. 2/7), welche diese zuhau den des Stadtsitals A.____ erstellt hat und welche die Klägerin und Widerbeklagte als Beweise offeriert hat, gelten ebenfalls als Bestandteil von deren Partei vorbringen (BGE 140 III 24 E. 3.3.3; 140 III 16 E. 2.5).

Gemäss ihrem Bericht vom 25. Juni 2020 schloss Dr. D.____

aufgrund der verhaltensneurologisch-neuropsychologischen Untersuchung der Klägerin und Widerbeklagten vom 22. Juni 2020 auf die Diagnose einer schweren neurokognitiven Beeinträchtigung mit frontalem Verhaltenssyndrom, amnestischem Syndrom, Beeinträchtigung sprachlicher und sprachassoziierter Funktionen, leichten visuo-konstruktiv-planerischen Schwierigkeiten sowie mit mittelschwer bis schwer eingeschränkten frontalexekutiven Funktionen im Rahmen einer toxisch-ischämischen Enzephalopathie mit daran assoziiertem Korsakow-Syndrom. Die Urteilsfähigkeit der Patientin sei aufgrund der Schwere der mnestischen Einschränkungen, aber auch aufgrund der verminderten Abstraktionsfähigkeit limitiert und es sei das Installieren einer Beistandschaft sinnvoll. Unter Berücksichtigung der aktuellen Befunde sei von keiner verwertbaren Arbeitsfähigkeit

auszugehen. Hinsichtlich der aktuellen Arbeitsqualität im Rahmen des 50%igen Pensums am angestammten Arbeitsplatz seien keine Informationen vorliegend. Theoretisch sei aktuell ausschliesslich von einer Arbeit im geschützten Rahmen auszugehen

(Urk. 12/9 S. 1 f.).

Nach der verhaltensneurologisch-neuropsychologischen Verlaufsuntersuchung vom 22. April 2021 stellte Dr. D.____ laut dem Bericht gleichen Datums die Diagnose einer noch mittelschweren bis schweren neurokognitiven Beeinträchtigung mit frontalem Verhaltenssyndrom, amnestischem Syndrom, Beeinträchtigung sprachlicher und sprachassoziierter Funktionen, visuo-konstruktiv-planerischen Schwierigkeiten sowie dysexekutivem Syndrom im Rahmen einer toxisch-ischämischen Enzephalopathie mit daran assoziiertem Korsakow-Syndrom (ICD 10 G31.84). Im Vergleich zur Voruntersuchung sei höchstens eine leichte Verbesserung verbal-mnestisch (im Bereich der Speicherfähigkeit) feststellbar bei ansonsten weitgehend unverändert ausgeprägter neurokognitiver Leistungsfähigkeit. Deutlich akzentuiert zeige sich zudem die ausgeprägte Affektinkontinenz. Das Ausmass der aktuellen Befunde entspreche einer mittelschweren und unter Berücksichtigung der mnestischen Einschränkungen einer schweren neurokognitiven Funktionsstörung (entsprechend den Konsenskriterien von Frei et al., 2016). Zu berücksichtigen sei, dass die aktuelle Untersuchung unter sehr strukturierten und störarmen Bedingungen erfolgt sei. Unter weniger vorgegebener Arbeitsstruktur und in Stress- sowie Belastungssituationen sei von einer Aggravation der erhobenen Befunde mit einer weiteren Abnahme der Fehlerkontrolle auszugehen. Die Urteilsfähigkeit der Patientin sei aufgrund der Schwere der mnestischen Einschränkungen und aufgrund der fehlenden Krankheitseinsicht limitiert. Unter Berücksichtigung der Schwere der neurokognitiven Einschränkungen und des bisherigen Verlaufs sei von einem Residualzustand erheblichen Ausmasses auszugehen. Unter Berücksichtigung der aktuellen Befunde sei nach wie vor keine verwertbare Arbeitsfähigkeit gegeben (100 % Arbeitsunfähigkeit). Hinsichtlich der aktuellen beruflichen Tätigkeit (Art der Tätigkeiten, Fehleranfälligkeit,

Produktivität/Effektivität) im Betrieb des Bruders seien seitens der Patientin selbst leider wenige Angaben erhebbar. Auch eine Fremdanamnese sei fehlend. Von einer Vermittelbarkeit auf dem ersten Arbeitsmarkt sei aber nicht auszugehen. Theoretisch seien einfache Arbeiten im geschützten Rahmen und unter Supervision möglich (Urk. 12/25 S. 1 f.). 4.4.2

Indem Dr. D.____ aus verhaltensneurologischer-neuropsychologischer Sicht allein eine Restarbeitsfähigkeit in geschütztem Rahmen postuliert, attestiert sie eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit. Die Beklagte und Widerklägerin bestreitet diese Einschätzung substantiiert (Urk. 11 S. 6, Urk. 19 S. 4 f., Urk. 30 S. 3 f.) insbesondere unter Verweis auf die vertrauensärztlichen Stellungnahmen (Urk. 12/17/2, Urk. 12/27) und das Gutachten der MEDAS B.____ (Urk. 12/15-16) sowie auf den Umstand, dass die Klägerin und Widerbeklagte nach wie vor in demselben Unternehmen arbeitet.

Letzteres wird auch von der Klägerin und Widerbeklagten nicht in Abrede gestellt. Sie hat hierzu mittels Lohnabrechnung für den Mai 2021 (Urk. 2/17) belegt, dass die Y.____

ihre Arbeit mit monatlich Fr. 940.-- vergütet. Dasselbe geht auch aus dem Arbeitgeberbericht vom 22. Oktober 2020 hervor, wonach der Monatslohn der Klägerin und Widerbeklagten anstelle des regulären Monatslohnes im Gesundheitsfall von Fr. 4'700.-- seit dem 1. August 2020 Fr. 940.--, mithin 20 % beträgt (Urk. 12/23/19/5). Dies stimmt (insbesondere bezüglich der hier interessierenden Zeit ab Januar 2021)

überein mit der von Dr. F.____ attestierten 20%igen Restarbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit (Urk. 12/6/13-18). Die von Dr. D.____ attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit ist damit bereits in Frage gestellt. Auch die Behauptung der Klägerin und Widerbeklagten zum Umfang und Wert der verbleibenden Arbeitsleistung in der bisherigen Tätigkeit, diese betrage noch maximal 5 % (Urk. 1 S. 7), ist damit nicht haltbar, zumal die Arbeitgeberin nicht von Soziallohn sprach (Urk. 12/23/19/5).

Dr. D.____ begründet ihre Einschätzung zudem unter anderem mit der fehlenden Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit und Vermittelbarkeit auf dem ersten Arbeitsmarkt, welche Aussage indes keine Beurteilung der

massgeblichen medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit darstellt. Die Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit und Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt

betreffen vielmehr die realen Chancen auf dem Arbeitsmarkt und Realisierbarkeit einer schadenminimierenden anderen Tätigkeit (vgl. dazu E. 5.1 hernach) und nicht die zunächst zu bestimmende medizinisch-theoretische (Rest-)Arbeitsfähigkeit in einer aus medizinischer Sicht zumutbaren anderen Tätigkeit (Art. 3 Ziff. 8 lit. c AVB).

4.4.3

Für die Zeit ab Januar 2021 ist

dazu

nicht mehr das Ergebnis der Untersuchung vom 22. Juni 2020 (Urk. 12/9), die am Ende respektive unmittelbar nach der stationären Behandlung am 22. Juni 2020 (Urk. 12/8 S. 2) erfolgt war, sondern jenes der Verlaufsuntersuchung

von Dr. D.____ vom 22. April 2021

beachtlich, das im Vergleich zur ersten Untersuchung bereits als leicht verbessert

beschrieben wurde. Dr. D.____

bezeichnete das « Ausmass der aktuellen Befunde » im Bericht vom 22. April 2021 dementsprechend nicht mehr als schwer, sondern als nunmehr mittelschwer. Lediglich unter zusätzlicher Berücksichtigung der mnestischen Einschränkungen schloss sie auf eine schwere neurokognitive Funktionsstörung und bei den Diagnosen schliesslich auf eine mittelschwere bis schwere neurokognitive Beeinträchtigung (Urk. 12/25 S. 2). Zur Bestimmung des Schweregrades berief sie sich auf die Konsenskriterien von Frei et al. von 2016 («Kriterien zur Bestimmung des Schweregrades einer neuropsychologischen Störung sowie Zuordnungen zur Funktions- und Arbeitsfähigkeit»; publiziert in: Zeitschrift für Neuropsychologie [2016], 27 [2], 107–119). Gemäss diesen orientierenden Richtwerten bezüglich der Arbeitsunfähigkeit wäre

bei einer mittelgradigen bis schweren

neuropsychologischen Störung indes eine Arbeitsunfähigkeit von 70 bis 90 % und bei einer mittelgradigen neuropsychologischen Störung eine Arbeitsunfähigkeit von 50 bis 70 %, jedenfalls nicht aber eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit richtungsweisend (Frei et al., a.a.O., S. 111). Dr. D.____ führt zur weiteren Erläuterung zwar an, dass (auch) zu berücksichtigen sei, dass die aktuelle Untersuchung unter sehr strukturierten und störarmen Bedingungen erfolgt sei und dass unter weniger vorgegebener Arbeitsstruktur sowie in Stress- und Belastungssituationen von einer Aggravation der erhobenen Befunde mit einer weiteren Abnahme der Fehlerkontrolle auszugehen sei (Urk. 12/25 S. 2). Jedoch betreffen diese Aspekte in erster Linie das noch zumutbare Belastungsprofil und weniger den Umfang der Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt.

In Abrede gestellt und weiter in Zweifel gezogen wird die Bewertung der Schwere der neurokognitiven Funktionsstörung und der daraus folgenden Arbeitsunfähigkeit von Dr. D.____ vom 22. April 2021 zudem auch durch die von der Beklagten und Widerklägerin angeführte Stellungnahme des (in Neurologie und Psychiatriefachkundigen) Vertrauensarztes

Dr. E.____ vom 30. Mai 2021, der allein schon aufgrund der von Dr. D.____ erhobenen Testbefunde maximal eine mittelgradige neuropsychologische Störung als gegeben erachtete. Zutreffend bemerkte er hierzu, dass nicht ganz nachvollziehbar sei, weshalb Dr. D.____ die mnestischen Einschränkungen nochmals gesondert bewertet habe und damit zu einer schweren neurokognitiven Funktionsstörung gelange. Zwar würden bei der Klägerin und Widerbeklagten sicherlich in beiden Bereichen Defizite bestehen, nach den Unterlagen bestünden diese indes in mittelgradiger Ausprägung. Auch die Testbefunde von Dr. D.____ und der von ihr erhobene Verhaltensbefund würden diese Einschätzung (einer maximal mittelgradigen Einschränkung) zulassen (Urk. 12/27 S. 2).

Zutreffend verwies Dr. E.____

ferner auf das Ergebnis der im Rahmen der psychiatrischen Begutachtung der MEDAS B.____

(Urk. 12/15) durchgeführten

neuropsychologischen Untersuchungen vom 22. Oktober 2020 und vom 13. November 2020 gemäss dem neuropsychologischen Teilgutachten vom 13. November 2020,

wonach die Abklärungen Minderleistungen von leicht- bis mittelgradig reichend in attentionalen, mnestischen und exekutiven Teilbereichen

bei leicht durchschnittlichem IQ von 82 ergaben (Urk. 12/15 S. 7).

Dr. E. ___ erklärte dazu, die Testresultate beider Untersuchungen (von Dr. D. ___ und der MEDAS B. ___) seien eindeutig. Sie würden auf eine maximal mittelgradige kognitive Einschränkung der Klägerin und Widerbeklagten hinweisen.

Die Verhaltensbeschreibungen und die psychopathologischen Befunde seien unter Zugrundelegung der Konsenskriterien (von Frei et al, 2016) ebenfalls maximal als mittelgradig auffällig zu werten (Urk. 12/27). Auch damit wird die als Parteivorbringen geltende Feststellung von Dr. D. ___

mittelschwerer bis schwerer neurokognitiver Beeinträchtigungen und insbesondere die darauf basierende Einschätzung einer vollen Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit erheblich in Zweifel gezogen. 4.4.4

Die Klägerin und Widerbeklagte beruft sich zur Bestätigung einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit (Urk. 15 S. 7) weiter auf den Bericht der SVA Zürich, IV-Stelle, zur Früherfassung vom 10. September 2020 (Urk. 12/23/8). Der Bericht wurde von der Sachbearbeiterin der IV-Stelle erstellt und gibt hauptsächlich Aussagen von Dritten, nämlich vom Bruder der Klägerin und Widerbeklagten sowie einem Mitarbeiter der G. ___ wieder, nachdem sich das Gespräch mit der Klägerin und Widerbeklagten schwierig gestaltet habe und diese mit der Situation überfordert gewesen sei (Urk. 12/23/8/1). Daraus lässt sich jedoch nicht entnehmen, ob und in welchem Umfang eine Restarbeitsfähigkeit ab Januar 2021 bestand. Zudem sind nach

Art. 3 Ziff. 8 AVB zur Ermittlung der Erwerbsunfähigkeit einzig die auf die Gesundheitsbeeinträchtigungen zurückzuführenden medizinischen Einschränkungen massgeblich (lit.

b) und das Einkommen, das aus medizinischer Sicht und unter Berücksichtigung der Kompetenzen der versicherten Person in einem anderen Aufgabenbereich erreicht werden könnte (lit. c). Damit ist die medizinische Sicht für die Einschätzung der (Rest-)Arbeitsfähigkeit ausschlaggebend, welche mit dem Bericht zur Früherfassung indes nicht ausgewiesen ist. 4.4.5

Zu dem von der Klägerin und Widerbeklagten vorgelegten Vorbescheid der IV Stelle vom 15. Juni 2022 (Urk. 27) führt sie zutreffend aus, daraus gehe hervor, dass sie seit dem 1. April 2020 erheblich in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei, so dass ab diesem Zeitpunkt die gesetzliche Wartezeit von einem Jahr (vgl. Art.

E. 4.2.1

mit Hinweis; 110 V 273 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts

8C_52/2022 vom 2. Juni 2022 E. 2.3.1 mit Hinweis).

E. 4.2.2

) ein hypothetisch erreichbares Jahreseinkommen von Fr. 30'484.35 (Fr. 56'452.50 x 0.6 x 0.9). 5.2.3

Verglichen mit dem Einkommen «im bisherigen Beruf»

von Fr. 60'630.-- resultiert die Differenz von Fr. 30'145.65 und damit eine Erwerbseinbusse von aufgerundet 50 %. Die Beklagte und Widerklägerin hat dagegen basierend auf ihre Berechnung (Urk. 12/18) in ihrem Eventualbegehren eine leicht höhere Erwerbsunfähigkeit von respektive eine Kürzung des Taggeldes auf 51 % nach Ablauf der Übergangsfrist per Ende April 2021 anerkannt (Urk. 11 S. 7, Urk. 19 S. 6 i.V.m. Urk. 7), weshalb davon auszugehen ist (Art. 58 Abs. 1 ZPO). 6.

E. 4.2.3

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. Erwartet der Versicherer von der versicherten Person einen solchen Berufswechsel, muss er ihr dies mitteilen. Zusammen mit der Abmahnung zum Berufswechsel muss der versicherten Person 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 drei bis fünf Monaten etabliert, welche auch im Rahmen von Krankentaggeldversicherungen nach VVG Gültigkeit beansprucht (Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 5.3 mit Hinweis auf BGE 133 III 527 E. 3.2.1 und weiteren Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_73/2019 vom 29. Juli 2019 E. 3.3.2 mit Hinweisen). 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).

E. 4.2.4

Es ist unstrittig, dass seit dem 30. April 2020 andauernd und insbesondere länger als bis Ende Oktober 2020 eine zumindest teilweise Arbeitsunfähigkeit der Klägerin und Widerbeklagten in ihrer bisherigen Tätigkeit als Mitarbeiterin in der Kunststoffverarbeitung (Urk. 12/5) von mehr als 25 % bestand. Die Arbeitsunfähigkeit dauerte somit im Sinne von Art. 3 Ziff. 7 Satz 2 AVB länger als 6 Monate an.

Bei dieser Ausgangslage hängt der Taggeldanspruch gemäss derselben AVB-Ziffer bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit nicht mehr von der Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf, sondern von der Erwerbseinbusse, das heisst der Leistungseinschränkung in einer aus medizinischer Sicht zumutbaren anderen Tätigkeit auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt im Sinne von Art. 3 Ziff. 8 AVB ab (Art. 3 Ziff. 7 Satz 2 AVB). Die Beklagte und Widerklägerin hat sich mithin grundsätzlich zu Recht darauf berufen, dass sich der Taggeldanspruch

(spätestens) ab Januar 2021 nach der

Erwerbsunfähigkeit respektive

der Höhe der Erwerbseinbusse richtet. Ebenfalls korrekt respektive in Übereinstimmung mit der zitierten Rechtsprechung hat sie der Klägerin und Widerbeklagte zusammen mit der Abmahnung im Schreiben vom 26. Januar 2021 (Urk. 12/19) eine - hinsichtlich der Dauer nicht bestrittene - mehrmonatige Übergangsfrist bis Ende April 2021 für den Berufswechsel angesetzt und die Taggelder bis dahin weiterhin nach der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf geleistet (Urk. 12/7).

E. 6

).

E. 6.1

Von den beantragten Beweiserhebungen, namentlich der Abnahme der von der Klägerin und Widerbeklagten offerierten Zeugeneinvernahmen zur anfänglichen Arbeitsfähigkeit und Probezeit (Urk. 6 S. 2), ist abzusehen, da davon auszugehen ist, dass sie die gewonnene Überzeugung nicht zu erschüttern vermöchten (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 134 I 140 E. 5.3, Urteile des Bundesgerichts 4A_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.1 und 4A_92/2019 vom 29. August 2019 E. 2.3.2).

E. 6.2

Nach dem Gesagten ist die Klage (Urk. 1 S. 2) auf Zusprechung von Krankentaggeldern ab dem 1. Mai 2021 auf der Basis einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit (Urk. 1 S. 2) abzuweisen. Die ab dem 1. Mai 2021 erfolgte Kürzung des Krankentaggeldes auf 51 % ist nicht zu beanstanden.

Ausserdem ist die Widerklage (Urk. 11 S. 7) auf Feststellung teilweiser Arbeitsunfähigkeit bei Arbeits-/Versicherungsbeginn und fehlender Versicherteneigenschaft der Klägerin und Widerbeklagten sowie auf Rückerstattung der bisher vom 30. April 2020 bis 30. Juni 2021 an diese geleisteten Krankentaggelder (Urk. 12/7) abzuweisen. 7. 7.1

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). 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). 7. 2

Die Parteien unterliegen je mit ihrer Klage respektive Widerklage. Es ist ihnen daher keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1-2 ZPO).

Die Beklagte und Widerklägerin wurde zudem nicht durch einen externen Anwalt, sondern durch ihren eigenen Rechtsdienst vertreten. Sie hat entgegen ihrem Antrag (Urk. 19 S. 6) praxismässig - mangels eines besonderen Aufwandes (vgl. BGE 110 V 72 E. 7) - auch deshalb keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4). Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird abgewiesen. 2.

Die Widerklage wird abgewiesen. 3.

Das Verfahren ist kostenlos. 4.

Den

Parteien wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 5.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Petra Oehmke Schiess - Mutuel Assurances SA - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA 6.

Gegen diesen Entscheid kann innert

E. 11

S. 7). Die Kläger in

und Widerbeklagte hielt in der Replik und Widerklageantwort vom 3. November 2021 an ihrem Rechtsbegehren fest und beantragte ausserdem die Abweisung der Widerklage (Urk.

E. 15

S. 2). Die Beklagte und Widerklägerin hielt in der Duplik und Widerklagereplik vom 3. Dezember 2021

an ihren Anträgen fest (Urk.

E. 19

S. 6). In der Widerklageduplik vom 14. Januar 2022 hielt die Klägerin und Widerbeklagte ebenfalls weiterhin an ihren Anträgen fest (Urk. 22 S. 2), was der Beklagten und Widerklägerin

am 21. Januar 2022 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk.

E. 24

).

Mit Eingabe vom 21. Juni 2022 (Urk. 26) reichte die Klägerin und Widerbeklagte den sie betreffenden

Vorbescheid der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, vom 15.

Juni 2022 ein, mit welchem die Ausrichtung einer ganzen Invalidenrente ab dem 1. April 2021 bei einem Invaliditätsgrad von 100 % angekündigt wurde (Urk. 27). Dazu nahm die Beklagte und Widerklägerin mit Eingabe vom 6. Juli 2022 Stellung (Urk. 30), welche der Klägerin und Widerbeklagten am 21. Juli 2022 zugestellt wurde (Urk. 31/1). Mit weiterer Eingabe vom 1. Februar

2023 (Urk. 32) reichte die Klägerin und Widerbeklagte die sie betreffende Verfügung

der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, ein, mit welcher ihr wie angekündigt eine ganze Invalidenrente ab dem 1. April 2021 zugesprochen wurde (Urk. 33). Diese Eingabe wurde der Gegenpartei am 8.

Februar 2023 zugestellt (Urk. 34). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 28

Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) eröffnet worden sei. Die IV-Stelle habe vorgesehen, ihr mit Wirkung ab dem 1. April 2021 eine ganze IV-Rente zuzusprechen (Urk. 26).

Der Vorbescheid der IV-Stelle vom 15. Juni 2022 kündigt zwar an, dass sie gestützt auf die medizinische Abklärung und durchgeführte ärztliche Untersuchung vorsehe, der Klägerin und Widerbeklagten aufgrund einer vollständigen Erwerbsunfähigkeit ab dem 1. April 2021 mit einem Invaliditätsgrad von 100 % eine ganze Rente zuzusprechen (Urk. 27 S. 2). Auf welche ärztlichen Berichte und Abklärungsergebnisse sich die IV-Stelle dabei beruft und aufgrund welcher Beschwerdebilder sowie Leistungseinschränkungen sie von einer 100%igen Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit ausgeht, geht daraus nicht hervor und wurde auch von der Klägerin und Widerbeklagten nicht ausgeführt. Insofern wendet die Beklagte

und Widerklägerin zu Recht ein, dass der Vorbescheid keine Begründung enthalte, weshalb die Arbeitsunfähigkeit 100 % betragen solle und weshalb die IV-Stelle offenbar einzig auf die Parteibehauptung der Klägerin und Widerbe klagten abstelle (Urk. 30 S. 3 f.). Die massgebliche medizinische Sicht ist auch dem Vorbescheid nicht zu entnehmen.

Dasselbe gilt für die von der Klägerin und Widerbeklagten nach Schriftenwechsel nachgereichte, gleichlautende Verfügung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, vom 31. Januar 2023, mit welcher der Klägerin und Widerbeklagten wie angekündigt und mit identischer Begründung eine ganze Invalidenrente ab dem 1. April 2021 zugesprochen wurde (Urk. 33). Hieraus ergibt sich nichts Weiteres. 4. 5

4.5.1

Insgesamt vermögen die von der Klägerin und Widerbeklagten angerufenen, indes im Wesentlichen substantiiert bestrittenen ärztlichen Berichte und Zeugnisse sowie die Unterlagen der Invalidenversicherung

den Hauptbeweis zur behaupteten andauernden 100%igen Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit und insbesondere auch in einer leidensangepassten Tätigkeit ab Januar 2021, wofür sie die Beweislast trägt, nach dem Gesagten nicht zu erbringen. Es kann nicht gesagt werden, dass am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen oder die verbleibenden Zweifel als leicht erscheinen. 4.5.2

Daran ändert entgegen der Ansicht der Klägerin und Widerbeklagten

nichts, dass die von der Beklagten und Widerklägerin vorgelegten Ausführungen der Vertrauensärzte und der Gutachter der MEDAS B.____, welche ebenfalls zu den Parteivorträgen zählen

(vgl. oben E. 1.7.1) und in Bezug auf die Einschätzung einer 60%igen Arbeitsfähigkeit bestritten wurden, keinen gegenteiligen Hauptbeweis zu erbringen vermögen. Denn die Beklagte und Widerklägerin konnte den Gegenbeweis für die behauptete (teilweise) Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit ab Januar 2021 antreten;

um einen von ihr zu erbringenden Hauptbeweis handelt es sich dabei aber nicht.

Die Folgen der Beweislosigkeit bezüglich der Arbeitsunfähigkeit trägt die

Klägerin und Widerbeklagten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_66/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2). Für das Gelingen des Gegenbeweises war nur erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird respektive erhebliche Zweifel an der Sachdarstellung geweckt werden (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.4 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2015 vom 18. März 2016 E. 3), was hier wie hiervor aufgezeigt der Fall ist.

Daher ist letztlich entgegen den Vorbringen der Klägerin und Widerbeklagten nicht entscheidend, dass dem neuropsychologischen Teilgutachten vom 13. November 2020 (Urk. 12/15 S. 9 f.) zum Umfang der Arbeits(un)fähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit nichts zu entnehmen ist und auch im psychiatrischen Gutachten der MEDAS B.____ vom 22. Dezember 2020 keine abschliessende Beurteilung dazu («Die Aktenlage lässt vieles

[...]

offen, so dass nur eingeschränkt beurteilt werden kann.»), « [...]

müsste beim Arbeitgeber abgeklärt werden.») respektive eine nur vage Einschätzung der Arbeitsfähigkeit erfolgte

(«es erscheint möglich, dass

[...] »; Urk. 12/16 S. 9 f.). Erst recht nicht einschlägig ist, dass der Vertrauensarzt Dr.

E.____ von einer 60%igen Arbeitsfähigkeit, mithin einer 40%igen Arbeitsunfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit ausgeht (Urk. 12/27 S. 3), obschon nach den Konsenskriterien von Frei et al (2016) bei einer mittelgradigen neuropsychologischen Störung eine 50 bis 70%ige Arbeitsunfähigkeit als orientierenden Richtwert angegeben wird (Frei et al., a.a.O., S. 111; Urk. 12/27 S. 2), zumal nach dem neuropsychologischen Teilgutachten im Herbst 2020 lediglich leichte bis mittelschwere Beeinträchtigungen festgestellt wurden (Urk. 12/15 S. 7). 4.5.3

Da somit nicht erwiesen ist, dass die Klägerin und Widerbeklagte ab Januar 2021 und nach Ablauf der Übergangsfrist per Ende April 2021 in einer leidensangepassten Tätigkeit zu mehr als der anerkannten 40% arbeitsunfähig war, ist hier von als Grundlage zur Bestimmung der Erwerbsunfähigkeit nach Art. 3 Ziff. 8 AVB auszugehen. 5. 5.1

5.1.1

Die Beklagte und Widerklägerin hat eine Erwerbsunfähigkeit von 51% ermittelt (Urk. 11 S. 7). Der Berechnung nach Art. 3 Ziff. 8 lit. c AVB legte sie eine Restarbeitsfähigkeit von 60% zugrunde (Urk. 12/18-19). Dagegen behauptet die Klägerin und Widerbeklagte im Rahmen ihrer Eventualbegründung, dass keine verwertbare Arbeitsleistung bestehe und ein Stellenwechsel nicht zumutbar sei. Denn es bestehe angesichts ihrer kognitiven Störungen, unabhängig von der Frage, ob diese als schwer oder als mittelschwer zu taxieren seien, auf dem freien Arbeitsmarkt keine Chance auf eine neue Arbeitsstelle (Urk. 1 S. 7).

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 BGE 133 III 527 E. 3.2.1).

Die Frage, ob die schadenmindernde Vorkehr realisierbar ist, beurteilt sich grundsätzlich nach den Verhältnissen bei Ablauf der allfälligen Anpassungsfrist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_177/2022 vom 18. August 2022 E. 6.4). 5.1.2

Die Klägerin und Widerbeklagte war Ende April 2021 39 Jahre alt. Dem Gutachten der MEDAS B.____ vom 22. Dezember 2021 ist zu entnehmen, dass sie nach der Schulzeit (Primarschule, Sekundarschule) eine zweijährige Lehre als Lebensmittelverkäuferin bei H.____ absolviert habe. Danach habe sie an verschiedenen Arbeitsorten im Service gearbeitet (Urk. 12/16 S. 4; vgl. auch Bericht von Dr. D.____ vom 25. Juni 2020, Urk. 12/9 S. 3).

Gemäss dem IK-Auszug hatte sie zuletzt vor ihrer Anstellung als Produktionsmitarbeiterin ab September 2019 bei der Y.____ von April 2012 bis Juni 2019 für das Restaurant I.____ in J.____ gearbeitet (Urk. 12/23/17). Die bisherige Tätigkeit bei der Y.____ übte die Klägerin und Widerbeklagte im Frühjahr 2021 - wie hiervor ausgeführt (vgl. E. 4.4.2) - noch zu 20 % mit einem Monatslohn von Fr. 940.-- a us. Es bestanden in den letzten Jahren keine längerdauernden Lücken der Arbeitslosigkeit im Lebenslauf. In gesundheitlicher Hinsicht noch zumutbar waren gemäss dem insofern nicht substantiiert bestrittenen Gutachten der MEDAS B.____ einfache, repetitive Tätigkeiten mit vielen sich wiederholenden Arbeitsabläufen ohne sprachliche Komplexität und ohne Mehrfachanforderungen, in denen schnell Routine aufgebaut werden kann, wobei insbesondere die Tätigkeit als Servicemitarbeiterin nicht mehr zumutbar ist (Urk. 12/16 S. 10).

Die Arbeitsmarktsituation war Anfang Mai 2021 trotz des Beginns der Covid-19-Pandemie Anfang 2020 verhältnismässig gut und hatte sich bereits wieder erholt. Das Bruttoinlandsprodukt lag mit 148.9 Punkten (Index 1991 = 100) auf dem höchsten Stand der letzten Jahre und insbesondere höher als im Jahr 2019 (148.1

Punkte; Bundesamt für Statistik [BSF], BIP pro Einwohner zu laufenden Preisen, Tabelle T 04.02.01.05). Die Arbeitslosenquote im Kanton Zürich wie auch in den meisten anderen Kantonen war im Jahr 2021 zudem bereits wieder rückläufig (vgl. BSF, Arbeitslose nach Kantone, Jahresdurchschnitt, Tabelle T 3.3.2.3). 5.1.3

Unter Berücksichtigung dieser Gegebenheiten und der Restarbeitsfähigkeit ist die Frage nach den realen Chancen der Klägerin und Widerbeklagten, auf dem Arbeitsmarkt eine Arbeit zu finden, welche ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen Rechnung tragen, zu bejahen. Dasselbe gilt für die Frage nach der Zumutbarkeit des Stellenwechsels in persönlicher und gesundheitlicher Hinsicht, zumal es sich nicht um einen eigentlichen Berufswechsel, sondern um die Aufnahme einer einfachen, repetitiven, gut strukturierten Hilfstätigkeit ohne Stress- sowie

Belastungssituationen mit höherem Pensum handelt. Dies ist ihr insbesondere selbst dann zumutbar, wenn dies nicht bei der bisherigen Arbeitgeberin realisierbar sein sollte. 5.2 5.2.1

Nach Art. 3 Ziff. 8 lit. c AVB ist zur Ermittlung der Erwerbsunfähigkeit das Einkommen vor der Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf in Beziehung zu setzen zum durchschnittlich, aus medizinischer Sicht und unter Berücksichtigung der Kompetenzen erreichbaren Einkommen gemäss den statistischen LSE-Lohn - tabellen. Die Parteien gehen von einem jährlichen Einkommen bei der Y.____ vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, mithin vor dem 30. April 2020, von Fr. 60'630.-- aus (12 x Fr. 4'700.-- + Gratifikation/13. Monatslohn von Fr. 4'230.--; Urk. 1 S. 7, Urk. 11 S. 3 und S. 7 in Verbindung mit Urk. 12/18-19). Dieses entspricht den Angaben der Arbeitgeberin

in ihrer Arbeitsunfähigkeitsklärung vom 20. Mai 2020 (Urk. 12/5). Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin und Widerbeklagte dieses Einkommen ohne den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit auch noch im hier massgeblichen Jahr der nunmehr massgeblichen Erwerbsunfähigkeit 2021 erzielt hätte, denn gemäss der Lohnabrechnung für den Mai 2021 wurden ihr nach wie vor 20 %

des bisherigen regulären Monatslohnes von Fr. 4'700.--, nämlich Fr. 940.--, bezahlt (Urk. 2/17).

5.2.2

Entgegen dem Vorbringen der Klägerin und Widerbeklagten (Urk. 1 S. 7) ist das bisherige Einkommen von Fr. 60'630.-- laut der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 3 Ziff. 8 lit. c AVB nicht mit dem tatsächlich erzielten Einkommen von Fr. 940.-- zu vergleichen, sondern mit dem

(hypothetisch) zumutbaren statistischen Einkommen nach der LSE .

Die Berechnung der Beklagten und Widerklägerin zur behaupteten 51%igen Erwerbsunfähigkeit basiert auf der LSE des Jahres 2016 (Urk. 12/18 S. 2). Es sind zwar aktuellere statistische Lohnwerte verfügbar, jedoch entspricht das Jahr 2016 dem Jahr der anwendbaren Ausgabe der Allgemeinen Bedingungen vom 1. September 2016 (Urk. 12/3 S. 1). Daher ist von der LSE 2016 auszugehen, zumal die Klägerin und Widerbeklagte hierzu nichts vor gebracht respektive eingewendet hat. Gemäss der LSE des BFS für das Jahr 2016, Tabelle TA1_tirage_skill_level , Monatlicher Bruttolohn (Zentralwert) nach Wirtschaftszweigen, Kompetenz niveau und Geschlecht, Privater Sektor, betrug das durchschnittliche Bruttoeinkommen von Frauen auf dem Kompetenzniveau 1 (einfache Tätigkeiten körperlicher oder handwerklicher Art ; Total Frauen) Fr. 4'363.-- pro Monat respektive

Fr. 52'356.-- pro Jahr. Unter Berücksichtigung der betriebsüblichen Arbeitszeit im Jahr 2016 von 41.7 Stunden pro Woche (BFS , Betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen, Tabelle T 03.02.03.01.04.01 , Total) und der Nominal lohnentwicklung von 2016 bis zum Beginn der Erwerbsunfähigkeit im Jahr 2021 (BFS, Schweizerischer Lohnindex nach Branche [2005 = 100; im Internet abrufbar], Nominallohnindex, Frauen 2011-2021, Tabelle T1.2.05, Total; 2016: 105.0 ; 2021 : 108.6) resultiert ein jährliches Bruttoeinkommen von Fr. 56'452.50 (Fr. 52'356.-- : 40 x 41,7 : 105.0 x 108.6).

Hiervon machte die Beklagte und Widerklägerin entsprechend der Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht (vgl. BGE 134 V 322 E. 5.2 mit Hinweis) einen Abzug von 10 % , wozu die Klägerin und Widerklägerin keine Ausführungen machte und somit keine Einwendungen erhob . Gemessen am zu berücksichtigenden Pensum von 60 % besteht damit im Jahr 2021 mit Bezug auf den nach Art. 3 Ziff. 8 AVB massgeblichen ausgeglichenen Arbeitsmarkt (vgl. dazu oben E.

E. 30

Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

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

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

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