

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2022.00017**

## **vom 13. Juli 2023**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-07-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2022.00017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2022.00017)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2022.00017 du 13 juillet 2023

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2022.00017 del 13 luglio 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 1959, bezieht seit Februar 2018 eine Invalidenrente basierend auf einem IV-Grad von 60

% ( Urk. 2/5) und war im Rahmen der Resterwerbsfähigkeit von 40

% bei der Y.\_\_\_\_ AG als Produktionsmitarbeiterin teilerwerbstätig und über diese bei der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG

(Zürich) durch Kollektivvertrag gegen Erwerbsausfall versichert (Urk.

9/B1) . Am 29 .

Oktober 2019 meldete die Arbeitgeberin

bei der Zürich

ihre Erkrankung

seit 28. Oktober 2019 (Urk.

9/B2).

Die Zürich erbrachte nach Ablauf der Wartefrist von 30 Tagen die vertraglich vereinbarten Taggeldleistungen vom 27.

November 2019 bis 26.

April 2020 (Urk.

2/10-1

#### **E. 1.1**

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 Nr. ... , welcher der vorliegenden Streitsache zugrunde liegt, wurde per 1. Januar 2019 und somit vor dem Inkrafttreten des revidierten

Versicherungsvertragsgesetzes erneuert (Urk.

### **E. 1.2**

Kollektive Krankentaggeldversicherungen nach VVG – wie eine dieser Klage zugrunde liegt – werden vom Bundesgericht in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 142 V 448 E. 4.1). Die Kantone können ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für solche Streitigkeiten zuständig ist (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; ZPO). Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich ohne Rücksicht auf den Streitwert nach Art. 244 bis 247 ZPO (vereinfachtes Verfahren; Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Die Klage wird direkt beim Gericht anhängig gemacht (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6).

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage sind unstrittig gegeben .

### **E. 1.3**

Art. 87 VVG gewährt demjenigen, zu dessen Gunsten die kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht auf die Versicherungsleistungen im Versicherungsfall gegen den Versicherer (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2c; Peter Stein, Basler Kommentar VVG, Basel 2001, Art. 87 VVG N 15; Willy Koenig , Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/2, Basel 1979, S. 729). 1. 4

Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das Gericht im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO allerdings nur einer erhöhten Fragepflicht unterworfen (vgl. Art. 247 Abs. 1 ZPO). Wie unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien selbst den Stoff beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zur Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 141 III 569 E. 2.3.1 bis 2.3.3 und die dortigen Verweise). 1. 5

Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden 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 Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung 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; BGE 130 III 321 E. 3.1).

Dafür gilt gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Bereich der Krankentaggeldversicherung das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung (BGE 148 III 105 E. 3.3.1) . 2.

2.1

Die Klägerin führte zur Begründung ihrer Klage (Urk. 1) im Wesentlichen aus, sie sei im Rahmen ihrer Resterwerbsfähigkeit von 40 % bei der Y. \_\_\_ AG teilerwerbstätig gewesen, wobei die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag per 31. Juli 2020 gekündigt habe.

Im Zusammenhang mit dem Ereignis vom 28. Oktober 2019 seien

von der Beklagten Taggeldleistungen zu 100 % vom 27. November 2019 bis 2. März 2020 und zu 80 % vom 3. März 2020 bis 27. April 2020 geleistet

worden (S. 4 f.) .

Die behandelnden Ärzte bestätigten, dass sie ab dem 27. April 2020 über das Kündigungsdatum hinaus bis mindestens zum 31. Dezember 2020 vollständig arbeitsunfähig gewesen sei (bezogen auf ihr Pensum von 40 %). Es sei zutreffend, dass sie versucht habe, trotz der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit ihr Arbeitspensum zu erfüllen. Es treffe aber nicht zu, dass sie ab dem 27. April 2020 voll arbeitsfähig gewesen sei (S. 6). Der behandelnde Facharzt weise darauf hin, dass die gesundheitliche Problematik seit Frühjahr 2020 mit der Operation vom 8. November 2019 zusammenhänge, und sie seit der fraglichen Operation arbeitsunfähig sei und bis heute geblieben sei.

Sie sei demnach seit dem 27. April 2020 bis zur Kündigung beziehungsweise darüber hinaus mit Bezug auf die angestammte Tätigkeit (Käseveredelung) arbeitsunfähig gewesen. Im Umfang, wie sie für den Zeitraum ab dem 27. April 2020 einen Lohn erhalten habe, bestehe kein Taggeldanspruch, soweit der ausbezahlte Lohn nicht unterhalb von 80 % des vereinbarten Lohnes gelegen habe (S. 7).

Es sei zwar zutreffend, dass die Invalidenversicherung mit Vorbescheid vom 29. März 2021 eine Erhöhung des IV-Grades abgelehnt habe. In Anbetracht des Umstandes, dass die zuständige Sozialversicherung noch nicht entschieden habe, welches der Erwerbsunfähigkeitsgrad seit dem 1. Februar 2018 beziehungsweise im fraglichen Zeitraum ab dem

1. August 2020 sei, sei es rechtsfehlerhaft, wenn die Beklagte den Eintritt einer Erwerbsunfähigkeit verneine (S. 8).

Der Taggeldanspruch sei nicht vom Eintritt einer eigentlichen Erwerbsunfähigkeit abhängig, sondern es sei die Arbeitsunfähigkeit (bezogen auf die angestammte berufliche Tätigkeit) massgeblich (S. 8). 2.2

Dem hielt die Beklagte mit Klageantwort (Urk. 8) entgegen,  
nachdem die Klägerin ab dem 27.

April 2020 ihre Arbeit wieder in ihrem vollen Pensum aufgenommen habe, habe sie bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Lohn erhalten (S.

5).

Der behandelnde Arzt habe auf Ersuchen des Vertreters der Klägerin am 22.

November 2021 ein rückwirkendes Arbeitsunfähigkeitszeugnis ausgestellt, wonach diese vom 27.

April bis 31.

Dezember 2020 100

% arbeitsunfähig gewesen sei (S. 7 f. Ziff. 18). Die Arbeitgeberin habe schriftlich bestätigt, dass die Klägerin ab dem 27. April 2020 ihr Arbeitspensum voll erfüllt habe, was auch durch die Lohnabrechnungen sowie den Stundenrapport belegt sei. Der Beweis für die behauptete Arbeitsunfähigkeit könne von der Klägerin deshalb nicht erbracht werden. Der Versicherungsschutz habe so dann per 31. Juli 2020 geendet. Ab dem 27. April 2020 bestehe nach dem Gesagten kein Leistungsanspruch mehr (S. 9 Ziff. 22).

Es scheine zwar, dass die Klägerin gewisse körperliche Beschwerden verspürt habe, sei aber im vorgesehenen Umfang arbeitsfähig geblieben. Die Beschwerden seien offenbar nicht derart gewesen, dass sie die Klägerin gehindert hätten, ihrer Arbeit nachzugehen beziehungsweise dass sie eine (teilweise) Arbeitsunfähigkeit bewirkt hätten. Daher habe die Klägerin den behandelnden Arzt auch nicht voranfangs Juni 2020 aufsuchen müssen, sondern es hätten die geplanten Verlaufskontrollen am 11.

Juni 2020 und am 6.

Juli 2020 stattgefunden. Anlässlich dieser Kontrollen habe der behandelnde Arzt keine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Die von ihm

später erstatteten Berichte (allein auf Ersuchen des Vertreters der Klägerin) seien absolut unglaubwürdig und aktenwidrig (S. 11 Ziff. 31 f.).

Für den Zeitraum vom 27. April bis 31. Juli 2020 habe die Klägerin keinen Erwerbsausfall erlitten, womit auch kein Schaden entstanden sei.

Sie habe sodann ihre Arbeitstätigkeit selbst beendet. Sie hätte bei der Y.\_\_\_\_ AG weiterarbeiten können und habe bewusst auf eine weitere Arbeitstätigkeit und damit auf den Bezug von Lohn verzichtet (S.

#### **E. 4**

, Urk.

9/B18). Das Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und der Versicherten wurde per 31. Juli 2020 aufgelöst (vgl. Urk.

2/15, Urk.

2/19, Urk.

2/25, Urk. 9/ B4- B 5). 2.

Am 23. Juni 2022 erhob die Versicherte gegen die Zürich Klage mit dem Rechts begehren, die se sei zu verpflichten, ihr

Fr. 49'004.20 (580 Taggelder à Fr. 84.49 pro Tag für den Zeitraum vom 27. April 2020 bis zum 27. November 2021), zuzüglich Zins zu 5 % bei mittlerem Verfall (290 Tage) für den Betrag von Fr.

49'004.20 sowie Zins zu 5 % für den Betrag von Fr. 49'004.20 seit dem 27. November 2021 zu bezahlen ( Urk. 1). Die Beklagte beantragte in der Klageantwort vom 4. Oktober 2022 die Abweisung der Klage ( Urk. 8). Mit Eingabe vom 31. Oktober 2022 verzichtete die Beklagte auf die Durchführung einer Hauptverhandlung ( Urk. 13). Die Klägerin liess sich innert Frist nicht vernehmen. Mit Replik vom 26. Januar 2023 (Urk. 16) beziehungsweise Duplik vom 14. April 2023 (Urk. 21) hielt en die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest. Am 20. April 2023 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen (Urk. 22). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 4.1**

Am 8. November 2019 (Urk. 2/8) versorgte Dr. med. Z.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, eine ausgedehnte Läsion des Supraspinatus rechts mit partieller Bizepssehnenläsion intraartikulär, Synovitis intraartikulär, AC-Arthrose und subacromiale r Sporn bildung mit konsekutivem Imp i ngement operativ. Laut dem Austrittsbericht vom 11. November 2019 (Urk. 2/9) gestaltete sich der peri - und postoperative Verlauf komplikationslos. 4. 2

Mit Zeugnissen vom 2. März und 17. April 2020 attestierte Dr. Z.\_\_\_\_ der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % vom 3. März bis 26. April 2020 (Urk. 9 / B 14-15). 4. 3

A m 10. Mai 2021 (Urk. 2/20) berichtete Dr. Z.\_\_\_\_, er habe die Klägerin am 8. November 2019 im Bereich der rechten Schulter operiert, wobei der primäre Rehabilitationsverlauf unauffällig, bezüglich Schmerzen aber wohl etwas schleppend gewesen sei. Im Frühjahr 2020 (Konsultation vom 17. April) habe er sich notiert, dass seit zirka einer Woche wieder diffuse, zum Teil auch ausstrahlende Schmerzen im Schulterbereich vorgelegen hätten. Die Klägerin habe ab 27. April 2020 versucht, ihr vorheriges Arbeitspensum von 40 % wieder auszuüben, wobei sich in der Folge dann eher eine stärkere Schmerzkomponente entwickelt habe. Anlässlich der Konsultation vom 7. Januar 2021 habe sie über immer wiederkehrende Schmerzen bei Bewegungen beziehungsweise Belastung, insbesondere bei der Arbeit geklagt. Aufgrund der Schmerzen habe sie i m Spät herbst sodann die Arbeit aufgegeben, worauf eine deutliche Besserung m it aktuell nur noch wenig Schmerzen eingetreten sei. Er habe sich zu diesem Zeitpunkt notiert, dass es sicherlich sinnvoll gewesen sei, die Arbeit aufzugeben, da die durchgeführte monotone Arbeit immer wieder mehr Beschwerden muskulärer Art ausgelöst habe (S. Mitte).

Zur Arbeitsfähigkeit führte er aus, seit der Operation vom 8. November 2019 sei die Klägerin arbeitsunfähig gewesen. Am 17. April 2020 sei entschieden worden, dass sie a b 27. April 2020 versuchen solle, ihr Pensum von 40 % wieder aufzu nehmen. Dies habe dann allerdings zu einer Verstärkung der Schmerzen geführt, weshalb die Klägerin die Tätigkeit praktisch nicht mehr gut habe ausüben können, weshalb für die ausgeübte Tätigkeit eine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe. Eine angepasste Tätigkeit wäre seit Frühjahr 2020 sicherlich möglich gewesen (S. 1 unten). 4. 4 4.4.1

Am 22. November 2021 (Urk. 2/23)

wiederholte Dr. Z.\_\_\_\_, dass die Klägerin ab dem 27. April 2020 ihr Arbeitspensum von 40 % nicht mehr ausüben können und für die angestammte Tätigkeit als arbeitsunfähig gegolten habe. Der diesem Bericht beigefügten Krankengeschichte (Urk. 2/22) ist Folgendes zu entnehmen: 4.

#### **E. 4.2**

Am 2. März 2020 fand eine Verlaufskontrolle statt. Zum Prozedere führte Dr. Z.\_\_\_\_ aus, in einer weiteren Serie Therapie (wahrscheinlich: Physiotherapie) sollten die Weichteile gelockert werden. Die Klägerin selbst sollte Dehnungs- und Kräftigungsübungen durchführen. Ab dem nächsten Tag bestehe wieder eine Teilarbeitsfähigkeit zu 20 %. Eine Kontrolle sei in 4-5 Wochen vorgesehen (S. 4 Mitte). 4.

#### **E. 4.3**

Anlässlich der Verlaufskontrolle vom 17. April 2020 klagte die Klägerin über seit einer Woche bestehende diffuse Schmerzen im Schulterbereich, eher gegen ventral thorakal ausstrahlend, jedoch nicht funktions- oder bewegungsabhängig. Die Beweglichkeit sei praktisch frei. Die Klägerin mache die weiteren Übungen selbst, die Verspannungen sollten physiotherapeutisch gelöst werden. Sie nehme ab 27. April versuchsweise ihr volles Pensum von 40 % (5 Morgen pro Woche) wieder auf. Sollte dies nicht gehen, werde sie sich melden, ansonsten finde eine Kontrolle Anfang Juni statt (S. 3 f.). 4.

#### **E. 4.4**

) und erbrachte

ihre Arbeitsleistung in vollem Umfang. Sie klagte zwar über eine minimal schmerzhaftes Vorwärtsflexion, wobei die Beweglichkeit der Schulter praktisch frei war und keine Zeichen einer Rotatorenmanschettenläsion vorhanden waren. Dr. Z.\_\_\_\_ konnte die Ursache der Schmerzen nicht benennen, und er attestierte wiederum keine Arbeitsunfähigkeit. Inwieweit über eine Arbeitsadaption nachgedacht wurde, kann der Krankengeschichte nicht entnommen werden, ebenso wenig lässt sich dieser entnehmen, ob Dr. Z.\_\_\_\_ über das Profil der ausgeübten Tätigkeit der Klägerin informiert war. Anlässlich der Konsultation vom 6. Juli 2020 (E. 4.4.5) bezeichnete Dr. Z.\_\_\_\_ die geklagten Schmerzen als eher diffus bei einer vorhandenen vollen Beweglichkeit und ohne klinische Zeichen einer ausgedehnten Rezidivläsion. Über die Arbeitsfähigkeit wurde auch diesmal offenbar nicht gesprochen, indessen sah Dr. Z.\_\_\_\_ eine Infiltration vor, welche die Klägerin aber absagte (vgl. Urk. 17/36/37), was in der eingereichten Krankengeschichte allerdings nicht vermerkt wurde.

Angesichts der echtzeitlichen Eintragungen in der Krankengeschichte kann wohl angenommen werden, dass die Klägerin an Schmerzen litt. Allerdings waren diese diffus und nicht objektivierbar. Dementsprechend fanden nebst Physiotherapie, durch welche die Verspannungen gelöst werden sollten (vgl. E. 4.4.3), keine Therapien statt. Die von Dr. Z.\_\_\_\_ am 6. Juli 2020 vermutete Bursitis und Teilschädigung des Supraspinatus (vgl. E. 4.4.5) liess sich nicht erhärten. Auch wenn die Aufgabe der Erwerbstätigkeit zu einer Besserung der Schmerzen geführt hat, und Dr. Z.\_\_\_\_ aufgrund dessen im Nachhinein konstatierte, dass die Aufgabe der Erwerbstätigkeit sinnvoll gewesen sei, gründet diese Feststellung nicht auf objektiven Befunden, sondern auf dem subjektiven Empfinden der Klägerin. Seine Einschätzung vermag daher die Feststellungen des orthopädischen Gutachters nicht in Zweifel zu ziehen. 5.5

Insoweit die Klägerin geltend machte, die Arbeitgeberin habe ihr aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen gekündigt, ist ihr einerseits entgegenzuhalten, dass sie kein

Kündigungsschreiben der Arbeitgeberin ins Recht

gelegt hat. Andererseits bestätigte die Arbeitgeberin, dass die Klägerin

das Arbeitsverhältnis selber aufgelöst hatte (Urk. 9 / B 3).

Das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin, welche seit 2007 bestand, unterlag einer dreimonatigen Kündigungsfrist (vgl. Art. 335c Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts, OR), womit die Kündigung spätestens Ende April 2020 hätte ausgesprochen werden müssen. Hätte die Klägerin damals, wie von ihr behauptet, lediglich in einem Arbeitsversuch gestanden, und wäre sie weiterhin

aufgrund der Schulterproblematik in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt gewesen, hätte sie mutmasslich nicht die Stelle gekündigt, sondern sie hätte ihre Tätigkeit

in Absprache mit Dr. Z.\_\_\_\_

nieder gelegt oder zumindest im Umfang reduziert und hätte der Arbeitgeberin wohl ein Arbeitsunfähigkeitsattest vorgelegt. Hätte ihr aber die Arbeitgeberin, kaum dass die Klägerin die Arbeitsfähigkeit formell wiedererlangt hatte, gekündigt, hätte ihr Dr. Z.\_\_\_\_ wohl wieder ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis ausgestellt, womit sich die Kündigungsfrist verlängert hätte und der Taggeldanspruch wieder aufgelebt wäre. Dass ein Zusammenhang mit der Kündigung und der behaupteten Arbeitsunfähigkeit infolge der Schulterbeschwerden besteht, ist daher unwahrscheinlich. Daran ändert auch das Schreiben der Arbeitskollegin

vom 7. Juli 2021 (Urk. 2/21), wonach die Klägerin nach der Operation an der Schulter aufgrund der Schmerzen sehr eingeschränkt gewesen sei, und ihr die Arbeitskolleginnen viel Arbeit abgenommen hätten, nichts, wurde doch nicht näher ausgeführt, welche Arbeiten von den Kolleginnen übernommen wurden.

Es ist vielmehr anzunehmen, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung davon ausging, dass sie bezüglich der rechten Schulter wieder rehabilitiert war. Etwas anderes ist - wie bereits dargelegt (E. 5.4) - auch nicht aus den Berichten von Dr. Z.\_\_\_\_ zu schlussfolgern. 5. 6

Zusammenfassend vermag die Klägerin den Beweis nicht zu erbringen, dass sie über den 26. April 2020 hinaus arbeitsunfähig war. Dies führt zur Abweisung der Klage. 6. 6 .1

Gemäss

Art. 114 lit.

die ZPO ist das Verfahren kostenlos. 6 .2

Der durch eine externe

Anwältin vertretenen Beklagten ist antragsgemäss (Urk. 8 S. 25 Ziff. 91) eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2.1). Diese ist beim praxisgemässen Stundenansatz von Fr. 220.-- ermessensweise auf Fr. 1'900. (inklusive Barauslagen und MWST) festzulegen. Das Gericht erkennt:

#### **E. 4.4.1**

) bestätigte er,

dass die Klägerin ab 27. April 2020 ihre Arbeit im 40%-Pensum nicht mehr habe voll ausüben können. Abgesehen davon, dass nie von einer vollständigen Arbeitsfähigkeit ab dem 27. April 2020 ausgegangen wurde, nahm die Klägerin bereits ab 3. März 2020

ihre Tätigkeit zu einem kleinen Pensum zwar wieder auf. Die Bestätigung, dass ab 27. April 2020 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bestanden haben soll, bedeutet eine Verschlechterung der gesundheitlichen Situation, zu der Dr. Z. \_\_\_ in den Berichten keine Stellung nahm. Angesichts dessen, dass die Klägerin am 17. April 2020 (E. 4.4.3) über seit einer Woche bestehende diffuse, nicht funktions- oder bewegungsabhängige Schmerzen klagte, wertete dies

Dr. Z. \_\_\_ nicht als eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes, wurde doch anlässlich der Konsultation entschieden, dass die Klägerin versuchen solle, die Tätigkeit ab 27. April 2020 wieder zum ursprünglichen Pensum von 40 % auszuüben. Hätte Dr. Z. \_\_\_ die geklagten Schmerzen auf die körperlichen Belastungen am Arbeitsplatz zurückgeführt, hätte er wohl kaum eine Erhöhung des Arbeitspensums - auch nicht als Arbeitsversuch - empfohlen. Offenbar verschlimmerten sich die Beschwerden nach der Erhöhung des Arbeitspensums nicht derart, denn die Klägerin meldete sich nicht, wie von Dr. Z. \_\_\_ anboten, vorzeitig bei ihm, sondern sie wartete die vereinbarte Verlaufskontrolle vom 11. Juni 2020 ab (E. 4).

#### **E. 9**

/ B1 ). Damit gelangen abgesehen von den 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. 13**

Ziff. 41 f. ). Nur wenn die Klägerin ernsthaft die Absicht gehabt hätte, über den 31. Juli 2020 hinaus arbeitstätig zu sein, wäre ihr überhaupt aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit (welche bestritten sei) ein Schaden entstanden. Es sei damit erstellt, dass der Klägerin auch der Nachweis eines Schadens nicht gelinge (S.

#### **E. 14**

Ziff. 43 f. ). 2.3

Zu prüfen ist, ob die Klägerin die behauptete Arbeitsunfähigkeit ab dem 27. April 2020 über das Kündigungsdatum hinaus bis mindestens zum 31. Dezember 2020 zu beweisen vermag. Dafür gilt gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Bereich der Krankentaggeldversicherung das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung (BGE 148 III 105 E. 3.3.1). 3. 3.1

Gemäss der Police Nr. ...

(Urk. 9/ B 1 ) ist das Personal der Y. \_\_\_ AG im Rahmen der zwischen ihr und der Beklagten abgeschlossenen kollektiven Kranken-Lohnausfallversicherung gemäss VVG für ein Krankentaggeld (Variante A, Schadensversicherung) von maximal 80

% des Verdienstes

ab dem 31. bis zum 730. Tag versichert (S. 3). 3.2

Laut den hier anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB, Ausgabe 1/2015, Urk. 2/2) gilt als Krankheit im Sinne der Versicherung jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Ziff. 2 lit. a). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Ziff. 6.1). 3.3

Bei der Versicherung gemäss Variante A, wie sie vorliegend abgeschlossen worden ist (vgl. vorstehende Ziff. 3.1), gilt die in der Police genannte Leistungsdauer pro Krankheitsfall. Wird wegen Leistungen Dritter ein reduziertes Taggeld ausbezahlt, zählen die Tage mit reduziertem Leistungsbezug für die Bemessung der Leistungsdauer

voll. Gleiches gilt für Tage, an denen die Leistungen Dritter die aus diesem Vertrag auszurichtenden Leistungen übersteigen (Ziff. 8.6 lit.

a AVB). Besteht bei Ende des Versicherungsschutzes eine leistungsbegründende Arbeits-/Erwerbsunfähigkeit, werden die vertraglichen Leistungen über dieses Datum hinaus erbracht (Nachleistung). Die Nachleistung entfällt unter anderem, sobald eine Arbeits-/Erwerbsunfähigkeit von weniger als 25 % besteht und bei erneutem Auftreten einer Krankheit (Rückfall; Ziff. 8.6 lit. g AVB). 3.4

Gemäss Ziff. 12 AVB wird bei Schadensversicherungen die versicherte Leistung bei Eintritt des versicherten Ereignisses und nur bei Nachweis eines durch das versicherte Ereignis verursachten Schadens gewährt. Der genaue Leistungsumfang ergibt sich aus der Police und diesen AVB (Abs. 2). Leistungen Dritter werden angerechnet (Abs. 3 Satz

1). 3.5

Der Versicherungsschutz endet unter anderem bei der Beendigung des Arbeitsvertrages (Ziff. 16.2 AVB). 4.

## **E. 16**

; vorstehende E. 4.5) zu den Akten und dieses wurde der Beklagten mit der Aufforderung zur Klageantwort zur Kenntnis gebracht (vgl. Urk. 4). Damit wurde das rechtliche Gehör gewährt. 5.2

Laut Dr. A.\_\_\_\_ ist die Klägerin aus orthopädischer Sicht in ihrer angestammten Tätigkeit zu 80 % (6 Stunden pro Tag) arbeitsfähig. Die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit begründete er mit der Berücksichtigung eines vermehrten Pausenbedarfes bei allfällig auftretenden Beschwerden der rechten Schulter infolge der repetitiven Tätigkeit mit dem rechten Arm (S. 13 Mitte). Zum Verlauf führte der Gutachter an, ab Diagnosestellung habe eine 80%ige und zwischen dem 8. November 2019 bis zum 30. April 2020 therapiebedingt keine Arbeitsfähigkeit bestanden (S. 13 Mitte). 5.3

Echtzeitliche Arztberichte oder Arbeitsunfähigkeitsatteste, die eine Arbeitsunfähigkeit über den von Dr. A.\_\_\_\_

festgestellten Zeitpunkt hinaus belegen würden, bestehen nicht. So attestierte der behandelnde Orthopäde letztmals

am

2. März und am 17. April 2020 eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % bis zum 26. April 2020 (E. 4. 2 ). A ktenkundig ist , dass die Klägerin ihre Tätigkeit ab dem 3. März 2020 teilweise wieder auf nahm und ab dem 27. April 2020 bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2020 wieder ihr gewohntes 40%-Pensum erfüllte (Urk. 9 / B 7-12) . Die Beklagte leistete vom 3. März bis 26. April 2020 ein Taggeld gestützt auf einer Arbeitsunfähigkeit von 80 % und stellte die Taggeldzahlungen am 27. April 2020 ein (Urk. 2/14, Urk. 9/ B 18).  
5.4

Dass die Klägerin entgegen der gutachterlichen Einschätzung (E. 4.5) ab dem 27. April 2020 lediglich versucht haben soll, ihre Arbeitstätigkeit zu erbringen, letztlich aber am Versuch gescheitert und es zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin aufgrund gesundheitlich bedingter mangelhafter Leistungsfähigkeit gekommen sein soll, vermag sie nicht zu beweisen:

Zwar führte Dr. Z.\_\_\_\_

im Bericht vom 10. Mai 2021 (E. 4. 3 ) aus, die Klägerin habe ab 27. April 2020 versucht, ihr Pensum von 40 % wieder auszuüben, was allerdings zu einer Verstärkung der Schmerzen geführt habe , weshalb sie die Tätigkeit nicht mehr gut habe ausüben können und daher für die angestammte Tätigkeit eine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe .

I m Schreiben vom 22. Novem ber 2021 (E.

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