



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
Einzelrichter

Urteil vom 12. Juli 2023

Verfahren Nr. ERV 22 38

Ort des Entscheids Trogen

Kläger **A.**
vertreten durch: RA AA.

Beklagte **B. AG**
vertreten durch: BB. AG,

Gegenstand **Krankentaggeld**

Rechtsbegehren

a) des Klägers:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger aus der kollektiven Taggeldversicherung Fr. 12'472.15 nebst Zins zu 5 % seit dem 29. Dezember 2020 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.

b) der Beklagten:

1. Die Klage vom 10. August 2022 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Sachverhalt

- A. Der 1963 geborene A. (nachfolgend: Kläger oder Versicherter) ist seit dem 1. Juni 2019 als Spitalreiniger bei der C. AG angestellt. Seine Arbeitgeberin verfügt bei der B. AG (nachfolgend: B. oder Beklagte) über die Police Kollektiv-Taggeldversicherung VVG (...), wobei die folgenden Konditionen gelten: Leistung 80 % des Erwerbseinkommens; Wartefrist von 30 Tagen; maximale Leistungsdauer von 730 Tagen. Im Übrigen gelten die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die (...) Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG (Ausgabe 2014).
- B. Mit ausgefülltem Formular "Krankmeldung Kollektiv-Taggeldversicherung", datiert vom 23. Juni 2020, informierte der Versicherte die B. über eine seit dem 11. Juni 2020 bestehende Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Krankheit, deren Dauer voraussichtlich mehr als 30 Tage dauere (act. 8/1). Im Rahmen des Erstgesprächs mit der B. gab er als Grund für die Arbeitsunfähigkeit Stress bei der Arbeit an. Aufgrund eines neuen Vertrags erhalte er Fr. 1'200.-- weniger Lohn (act. 8/7). Am 10. Juli 2020 forderte die B. das E. in F. (nachfolgend: E.), welches der Versicherte im Rahmen seiner Krankmeldung als behandelnde Einrichtung benannt hatte, zur Erstattung eines ärztlichen Berichts auf. Das E. nahm mit Schreiben vom 27. August 2020 Stellung. Dabei gab es als Diagnose eine rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode, an. Des Weiteren erklärte es, der Versicherte könne aktuell aufgrund der vorliegenden schwer ausgeprägten psychischen Einschränkungen (Antriebslosigkeit, Mühe bei der Merkfähigkeit und Konzentration, Affektlabilität) keiner Arbeit nachgehen (act. 8/17). Bereits am 12. August 2020 hatte die B. im Rahmen eines Gesprächs mit einer Mitarbeiterin der C. AG in

Erfahrung gebracht, dass von Arbeitgeberseite die Arbeitsfähigkeit hinterfragt werde. Der Versicherte sei ein Jahr davor auf ein neues Objekt umgeteilt worden. Dies habe eine Lohneinbusse zur Folge gehabt, worüber der Versicherte frühzeitig informiert worden sei. Während 12 Monaten sei noch ein höherer Übergangslohn ausbezahlt worden, der jetzt geendet habe. Seit der nun effektiven Lohnreduktion sei der Arbeitnehmer nun krankgeschrieben. Ein Angebot des Arbeitgebers, auf ein anderes Objekt zu wechseln, wieder mit einem höheren Lohn, sei vom Arbeitnehmer abgelehnt worden, da er laut eigener Aussage mit der C. AG nie wieder etwas zu tun haben wolle. Die C. AG wünsche deshalb eine Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit durch die B. (act. 8/14). Folglich lud der Versicherungsträger den Versicherten mit Schreiben vom 18. August 2020 auf den 11. September 2020 zu einer medizinischen Untersuchung durch Dr. med. G., Fachärztin FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, ein (act. 8/15). Nach durchgeführter Exploration erstattete die Gutachterin ihre Expertise am 14. September 2020. Dieser ist zu entnehmen, beim Versicherten liege keine versicherungspsychiatrisch relevante Diagnose mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit vor. Bei der Problematik des Versicherten handle es sich um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit konstellativen Umständen am Arbeitsplatz/Arbeitsvertrag/Salär (act. 8/20). Mit Schreiben vom 16. September 2020 teilte die B. dem Versicherten mit, aufgrund der medizinischen Beurteilung von Dr. G. sei davon auszugehen, dass es ihm zumutbar und möglich sei, in seiner angestammten Tätigkeit ab sofort eine 100%ige Arbeitsleistung zu erbringen. Ab dem 17. September 2020 werde kein Taggeld mehr ausgerichtet (act. 8/21). Am 23. September 2020 liess der Versicherte über das E. mitteilen, er sei mit der Leistungseinstellung nicht einverstanden (act. 8/22). Am 29. Oktober 2020 folgte eine weitere medizinische Stellungnahme des E., in welcher namentlich Ausführungen zu den Erkenntnissen des Gutachtens von Dr. G. gemacht wurden (act. 8/11). Die B. legte das betreffende Schreiben am 3. November 2020 der Gutachterin vor. Letztere erklärte am 4. November 2020, sie halte ungeachtet der neuen Vorbringen des E. an ihrer Beurteilung vom 14. September 2020 fest (act. 8/29). Der Versicherungsträger bestätigte daraufhin am 5. November 2020 gegenüber dem Versicherten die Einstellung der Taggeldleistungen (act. 8/35). Am 3. Dezember 2020 liess sich die vom Versicherten zwischenzeitlich hinzugezogene Rechtsvertreterin, RA H., gegenüber der B. vernehmen. Dabei vertrat sie die Ansicht, aus den Berichten des E. gehe ausreichend deutlich hervor, dass der Versicherte noch nicht arbeitsfähig sei, weshalb die Taggelder weiterhin zu entrichten seien. Alternativ biete der Versicherte Hand für eine objektive, neutrale Begutachtung (act. 8/34). Am 8. Dezember 2020 gab der Vertrauensarzt der B., Dr. med. I., eine Stellungnahme ab, in der er grundsätzlich auf die Beurteilung von Dr. G. verwies (act. 8/35). Mit Schreiben vom 10. Dezember 2020 äusserte sich das E. zu früheren von ihm ausgestellten Arztzeugnissen. Demnach gelte die beim Versicherten per 1. November 2020 attestierte Arbeitsfähigkeit von 50 % und die ab dem 27. November 2020

attestierten Arbeitsfähigkeit von 100 % für Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. In Bezug auf den durch den Patienten bisher wahrgenommenen Arbeitsplatz bei der C. sei aber weiterhin eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit gegeben (act. 8/37). Am 14. Dezember 2020 teilte die B. gegenüber dem Versicherten mit, in Anbetracht der Einschätzungen ihres Vertrauensarztes ergäben sich keine Änderungen in Bezug auf ihren Taggeldentscheid (act. 8/38). Am 8. Februar 2021 stellte die neue Rechtsvertreterin des Versicherten, Rechtsanwältin AA., der Versicherung ein Schreiben zu, in dem sie festhielt, angesichts der nach wie vor bestehenden arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit sei ihrem Mandanten eine Übergangsfrist von sechs Monaten zu gewähren, innert der er eine andere Arbeitsstelle suchen könne. Die Leistungseinstellung per 16. September 2020 sei nicht rechtens (act. 8/40). Die B. hielt dem am 11. Februar 2021 entgegen, beim Versicherten bestehe zwar eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, an einem anderen Arbeitsplatz wäre er aber sofort voll arbeitsfähig. Ein rechtlicher Anspruch auf Übergangstaggelder für die Dauer von 3 – 5 Monaten sei nur bei einer Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit gegeben. Deshalb sei die erfolgte Taggeldeinstellung rechtens (act. 8/41). Am 25. Februar 2021 hielt die Rechtsvertreterin des Versicherten gegenüber der B. fest, ihr Mandant befinde sich in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis. Das Verweigern der Gewährung von Übergangstaggeldern sei nicht korrekt. Auch wenn es sich um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsfähigkeit handle, benötige jener Zeit, um eine neue Arbeitsstelle zu finden. Die Rechtsvertreterin setzte der B. eine Frist zur Erfüllung der Leistungspflicht bis zum 5. März 2021 (act. 8/42). Der Versicherungsträger bestätigte indes am 3. März 2021 die Taggeldeinstellung ab dem 17. September 2020 (act. 8/43).

- C. Am 10. August 2022 gelangte der durch Rechtsanwältin AA. vertretene Versicherte klage-weise ans Obergericht und stellte das eingangs zitierte Rechtsbegehren. Am 20. Oktober 2022 beantragte die B. die Abweisung der Klage (act. 7). Mit Replik vom 9. Dezember 2022 hielt der Kläger an seinem Rechtsbegehren fest (act. 12), des Gleichen die Beklagte in ihrer Duplik vom 14. März 2023 (act. 18).
- D. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften sowie auf die im Recht liegenden Beweismittel wird, soweit rechtserheblich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1 Private Taggeldversicherungen gelten als Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung¹. Derartige Versicherungen unterstehen nach Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG; SR 832.12) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1). Streitigkeiten um Leistungen aus einer Zusatzversicherung sind deshalb grundsätzlich privatrechtlicher Natur².

1.2 Am 1. Januar 2022 ist das revidierte VVG in Kraft getreten. Auf den vorliegenden Fall kommt indessen das VVG in der Fassung vom 1. Januar 2011 zur Anwendung (Art. 103a VVG, Art. 1 SchIT ZGB).

1.3 a) Gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen für Klagen der Konsumenten das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig. Auf diesen Gerichtsstand kann der Konsument nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichten (Art. 35 Abs. 1 lit. a ZPO). Als Konsumentenverträge gelten nach Art. 32 Abs. 2 ZPO Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden. Verträge zwischen einer Privatperson und einer Versicherungsgesellschaft über eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung gelten als Konsumentenvertrag³. Vorliegend hat der Kläger in seiner Eigenschaft als Konsument somit das Recht, das Gericht an seinem Wohnsitz (F.) im Kanton Appenzell Ausserrhoden anzurufen. Dies entspricht im Übrigen den einschlägigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten (AVB, Ausgabe 2014). Gemäss Ziffer 38 der AVB⁴ sind nämlich für Klagen gegen die B. die Gerichte am schweizerischen Wohnort des Versicherungsnehmers zuständig.

¹ WAGNER/GIRÓN Das Verfahren bei Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach VVG – ein Update, Anwaltsrevue 2021, S. 312; MIRIAM LENDFERS, Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung; einige verfahrensrechtliche Aspekte, in: Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2015, herausgegeben von Ueli Kieser und Miriam Lendfers, S. 155; HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, S. 4; VOCK/NATER, in: Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 6 zu Art. 7 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A_47/2012 vom 12. März 2012 E. 2; BGE 133 III 439 E. 2.1.

² BGE 138 III 2 E. 1.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_16/2017 vom 8. Mai 2017 E. 1.1.

³ FELLER/BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 46 zu Art. 32 ZPO.

⁴ act. 3/1 = act. 8/1.

b) Laut Art. 7 ZPO können die Kantone für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz zuständig ist. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden ist nach Art. 28 lit. c des Justizgesetzes (JG; bGS 145.31) das Obergericht in seiner Funktion als Organ der Verwaltungsrechtspflege für Streitigkeiten um Leistungen aus Zusatzversicherungen zuständig. Im vorliegenden Fall ist die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts somit gegeben. Hinsichtlich der funktionellen Zuständigkeit ist auf Art. 29 lit. a JG hinzuweisen, wonach der Einzelrichter des Obergerichts Beschwerden und Klagen in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 15'000.-- beurteilt.

c) Als privatrechtliche Streitigkeit unterliegt der Streit um Leistungen aus der Zusatzversicherung der ZPO, auch wenn - wie vorliegend - nicht das Zivilgericht zuständig ist (Art. 1 lit. a ZPO)⁵. Somit kommt grundsätzlich auch Art. 197 ZPO zur Anwendung. Diese Bestimmung sieht vor, dass dem zivilrechtlichen Entscheidverfahren in der Regel ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde vorausgeht. Nach der Rechtsprechung ist indessen bei Streitigkeiten um Leistungen aus der Zusatzversicherung auf ein vorgängiges Schlichtungsverfahren zu verzichten, weil für diese Streitigkeiten eine Gleichbehandlung angebracht ist mit den Streitigkeiten, welche im Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO aufgeführt sind⁶. Vorliegend hat der Kläger somit zu Recht direkt Klage beim Obergericht erhoben.

d) Die vorliegende Streitigkeit untersteht ohne Rücksicht auf den Streitwert den Regeln über das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO)⁷, wobei gemäss Art. 219 ZPO die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren sinngemäss gelten. Vorliegend wurde ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt, mit Zustimmung der Parteien indessen auf eine Hauptverhandlung verzichtet⁸.

e) Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO sieht vor, dass das Gericht in Angelegenheiten nach Art. 243 Abs. 2 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (sogenannte abgeschwächte oder soziale Untersuchungsmaxime)⁹. Im Geltungsbereich dieser Untersuchungsmaxime besteht begriffsnotwendig keine Beweisführungslast. Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Sie haben die relevanten Fakten vorzubringen und die allenfalls

⁵ BGE 138 III 558 E. 3.2.

⁶ BGE 138 III 558 E. 4.

⁷ WAGNER/GIRÓN, a.a.O., S. 314.

⁸ BGE 140 III 450 E. 3 und Urteil des Bundesgerichts 4A_680/2014 vom 29. April 2015 E. 3.3 f.

⁹ WAGNER/GIRÓN, a.a.O., S. 314; Urteil des Bundesgerichts 4A_701/2012 vom 19. April 2013 E. 12 ff. mit Hinweisen.

zu erhebenden Beweismittel nach Möglichkeit zu bezeichnen¹⁰. Das Gericht hat jedoch nach den Regeln der Beweislast zu urteilen (vgl. dazu nachfolgend E. 1.3).

f) In Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach VVG können neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden (Art. 219 in Verbindung mit Art. 229 Abs. 3 ZPO)¹¹.

- 1.4 a) Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel, die durch abweichende gesetzliche Regelungen verändert werden kann, gilt auch im Bereich des Versicherungsvertragsgesetzes¹². Der Eintritt des Versicherungsfalls ist nach diesen Grundsätzen vom Anspruchsberechtigten zu beweisen¹³. Dies gilt auch dann, wenn die Versicherung zunächst Taggelder ausbezahlt hat; macht sie geltend, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien von vornherein zu Unrecht erbracht worden und die versicherte Person sei (wieder) arbeitsfähig, so hat die versicherte Person zu beweisen, dass sie (weiterhin) arbeitsunfähig ist und daher Anspruch auf Taggelder hat¹⁴.

b) In der Regel gilt der Beweis für eine rechtserhebliche Tatsache als erbracht, wenn das zuständige Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit ist hierzu nicht erforderlich. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel unter den gegebenen Umständen nicht nennenswert ins Gewicht fallen. Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der Versicherungsnehmer insofern eine Beweiserleichterung, als er nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat¹⁵. Für andere rechtserhebliche Tatsachen, deren Beweis keine besonderen Schwierigkeiten bietet, gilt hingegen das ordentliche Beweismass. Beim Beweismass der überwiegenden

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_723/2012 vom 3. April 2013 E. 3.3 mit Hinweisen.

¹¹ WAGNER/GIRÓN, a.a.O., S. 314.

¹² BGE 130 III 321 E. 3.1; RHEA SPECOGNA, in: Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. 2023, N. 4 zu Art. 100 VVG.

¹³ BGE 141 III 241 E. 3.1.

¹⁴ BGE 141 III 241 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2.

¹⁵ BGE 130 III 321 E. 3.3 und 3.5.

Wahrscheinlichkeit ist verlangt, dass die Möglichkeit, es könnte sich auch anders verhalten, zwar nicht ausgeschlossen ist, sie aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen darf¹⁶. Nach der Rechtsprechung¹⁷ kann sich, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich beziehungsweise nicht zumutbar ist, auch der Versicherer in Bezug auf Tatsachen, für welche ihm die Beweislast obliegt, auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen.

c) Gemäss Art. 157 ZPO bildet sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. Das Gericht legt demzufolge die Kraft eines Beweismittels nach seiner Überzeugung fest und befindet frei von Beweisregeln, nach seiner eigenen Überzeugung darüber, ob es eine behauptete Tatsache als wahr oder unwahr einstuft¹⁸.

1.5 Im Zivilprozess stellt ein Privatgutachten kein Beweismittel, sondern eine blosser Parteibehauptung dar. Bewiesen werden müssen nur Tatsachenbehauptungen, die ausdrücklich bestritten sind. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird. Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, sind meist besonders substantiiert. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substantiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit durch Beweismittel nachgewiesenen Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden. In diesem Sinne gilt die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung nach BGE 125 V 351 unter dem Anwendungsbereich der ZPO nicht¹⁹.

1.6 In Streitigkeiten betreffend Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht in Lausanne zulässig (Art. 72 Abs. 1 BGG,

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_516/2014 vom 11. März 2015 E. 4.1.

¹⁷ Urteile des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3 und 4A_316/2013 vom 21. August 2013 E. 6.2.

¹⁸ BGE 137 III 266 E. 3.2; FRANZ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 4b ff. zu Art. 157 ZPO.

¹⁹ vgl. zum Ganzen ausführlich BGE 141 III 433 E. 2.6.

SR 173.110)²⁰. Weil nur eine einzige kantonale Instanz vorgesehen ist, besteht keine Streitwertgrenze (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG)²¹.

2.

2.1 Das grundsätzlich anwendbare VVG²² enthält mit Ausnahme von Art. 87 aVVG, der das selbstständige Forderungsrecht des Begünstigten in der kollektiven Unfall- oder Krankenversicherung normiert, keine spezifischen, im vorliegenden Fall interessierenden Bestimmungen zum Krankentaggeld. Es sind deshalb vorab die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien massgebend, vorliegend also die AVB der Beklagten²³.

2.2 Die Kollektiv-Taggeldversicherung der Beklagten gewährt Versicherungsschutz namentlich gegen die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit (Ziff. 1 AVB). Krankheit ist 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. 3.1 AVB). 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 (Art. 3.4 AVB). Bei Arbeitnehmenden ist der in der Police aufgeführte Prozentsatz des effektiven AHV-Lohnes versichert. Der höchstversicherte Jahreslohn ist in der Police aufgeführt. Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder gilt der letzte vor Beginn des Versicherungsfalles bezogene Lohn (Art. 6.1 AVB). Das Taggeld wird bei nachgewiesener Arbeitsunfähigkeit von 25 % anteilmässig entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet. Bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit wird das Taggeld bei einer Erwerbseinbusse von mindestens 25 % entsprechend dem Grad der Erwerbseinbusse ausgerichtet (Ziff. 12.1 AVB). Laut der Versicherungspolice (act. 8/2) gelten in Bezug auf die Ausrichtung von Versicherungsleistungen die folgenden Konditionen: Leistung 80 % des Erwerbseinkommens; Wartefrist von 30 Tagen; maximale Leistungsdauer von 730 Tagen.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_329/2016 vom 20. September 2016 E. 1.

²¹ LENDFERS, a.a.O., S. 166; HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., S. 267; Urteil des Bundesgerichts 4A_329/2016 vom 20. September 2016 E. 1.

²² vgl. dazu oben Erwägung 1.2.

²³ act. 8/1.

3. Im Folgenden ist zunächst die medizinische Aktenlage darzustellen, wie sie sich aus den einschlägigen ärztlichen Berichten ergibt:

a) In seinem "psychiatrischen Erstbericht für Taggeldversicherung VVG" vom 27. August 2020 (act. 8/17) stellte das E. die Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig schwere Episode. Bezüglich Krankheitsentwicklung wurde ausgeführt, der Versicherte sei durch seinen Hausarzt aufgrund einer akuten Belastungsreaktion und mittelgradig bis schwer ausgeprägter depressiver Symptomatik in das Ambulatorium der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie eingewiesen worden. Der Patient habe über starke Schwierigkeiten beim Ein- und Durchschlafen, Alpträumen bei Handlungen, sozialen Rückzug, Appetitlosigkeit, innere Unruhe, ein Druckgefühl im Kopf, Mühe bei der Konzentration und Gedächtnisschwierigkeiten berichtet. Er fühle sich energielos und schaffe es kaum, seine alltäglichen Verrichtungen zu erledigen, fühle sich distanziert zur Umwelt. So fühle er sich auf dem Arbeitsweg wie in einem Traum, aus dem er erst bei Ankunft am Arbeitsplatz erwache. Ein Gefühl der Freudlosigkeit sowie ein Libidoverlust, und Zukunftsängste seien beschrieben worden. Die reduzierte Schlafqualität bestehe seit ca. einem Jahr. Seit ca. 2 Monaten bestehe häufiges Grübeln. Die oben beschriebenen Symptome hätten sich ebenfalls seit ca. 2 Monaten entwickelt. Im Zuweisungsschreiben sei als Grund für die Erkrankung über Umstrukturierungen im Beruf berichtet worden. Seitdem die Reinigung durch eine externe Firma durchgeführt werde, sei es zu einer Lohnkürzung gekommen. Die Umstrukturierungen hätten zu Kündigungen zweier Mitarbeiter geführt, die bis anhin mit ihm zusammen für die Reinigung der Operationssäle und der Notfallstation zuständig gewesen seien. Aktuell müsse er die Arbeit mit weniger qualifizierten Arbeitskräften bewältigen, was zusätzlichen Aufwand bedeute. Auch sei es aufgrund der mangelhaft erledigten Arbeit zur Reklamationen der für den OP-Bereich zuständigen Mitarbeiter gekommen, was er bisher nur sehr selten erlebt habe. Am Donnerstag vor zwei Wochen sei es zu einer psychischen Krise am Arbeitsplatz gekommen, wo er aufgrund der starken inneren Anspannung trotz unerledigter Arbeiten den Arbeitsplatz habe verlassen müssen. Aktuell könne der Patient aufgrund der vorliegenden schwer ausgeprägten psychischen Einschränkungen (Antriebslosigkeit, Mühe bei der Merkfähigkeit und Konzentration, Affektlabilität) keiner Arbeit nachgehen.

b) Dr. G. führte in ihrem zuhanden der B. erstatteten Gutachten ("ZAFAS") aus, beim Versicherten bestünden keine Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit. Ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit seien Konflikte am Arbeitsplatz (Z56) sowie eine Anpassungsstörung F43.2/Depression F32.4, derzeit vollständig remittiert, sofern in der Vergangenheit vorgelegen. In ihrer Beurteilung führte die Gutachterin namentlich aus, es könne anhand der Aussagen des Versicherten retrospektiv betrachtet sicherlich nicht von der

Hand gewiesen werden, dass er sich im Rahmen der Ungereimtheiten bezüglich seiner Stelle respektive seiner Lohnkürzung subjektiv belastet gefühlt habe und dem Druck der Mehrbelastung durch die Arbeit nicht habe Stand halten können. Es sei die Krankmeldung aus psychischen Gründen erfolgt, die bis heute andauere. Im Rahmen der Begutachtung habe der Kläger nachvollziehbar und aus seiner Sicht verständlich über die bisherigen Geschehnisse berichtet. Unmissverständlich sei eine arbeitsplatzgebundene Arbeitsunfähigkeit seitens des Versicherten geäußert worden. Im Verlauf der Krankschreibung habe sich subjektiv dessen Zustandsbild verbessern können. Eine neue Stelle habe er noch nicht gefunden. Aus versicherungspsychiatrischer Sicht stelle sich die Frage, ob Probleme und Ungereimtheiten am Arbeitsplatz geeignet seien, um psychiatrische Diagnosen im Sinne eines Gesundheitsschadens mit konsekutiver 100%iger Arbeitsunfähigkeit zu attestieren. Sofern eine Attestierung psychiatrischer Störungen erfolge, müssten die Kriterien, welche im ICD-10 aufgeführt seien, erfüllt und die Diagnose plausibel begründet sein. Ebenso müssten die typischen Symptome vorliegen. Beim Versicherten seien aus versicherungspsychiatrischer Sicht heute weder die Voraussetzungen für eine Depression noch jene einer Anpassungsstörung erfüllt. Es habe, zumindest heute, kein spezifischer Symptomkomplex für diese genannten Störungen, aber auch anderer psychiatrischer Störungen, vorgelegen. Der Versicherte habe für damals unterschiedliche subjektive Beeinträchtigungen und Befindlichkeitsstörungen im Sinne von nachvollziehbaren Sorgen beklagt. Heute hätten sich diese etwas gebessert, es gehe ihm jedoch nach wie vor schlecht. Er sei jedoch bereits wieder im Bewerbungsprozess. Bei der Problematik des Versicherten handle es sich um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit mit konstellativen Umständen am Arbeitsplatz/Arbeitsvertrag/Salär. Aus rein versicherungsmedizinischer Sicht lägen heute keine Gründe vor für eine grundsätzliche Arbeitsunfähigkeit für das zuletzt ausgeübte Pensum von 100 %, weder an dem angestammten noch an einem neuen, anderen Arbeitsplatz.

c) Der ärztlichen Stellungnahme des E. vom 29. Oktober 2020 ist zu entnehmen, die Behandlung des Versicherten sei folgendermassen zu betrachten: Initial habe eine schwer ausgeprägte depressive Symptomatik bestanden, die sich langsam gebessert habe. Die Tatsache, dass sich der Patient im Verlaufe der Behandlung ohne Aufforderung durch den Behandler zur Möglichkeit eines beruflichen Einstiegs geäußert habe, habe positiv gewertet werden können. Ein Wiedereinstieg sei geplant worden, habe jedoch wegen der im Monat Oktober ungünstigen Situation nicht besprochen werden können. Erwähnenswert sei auch die Tatsache, dass der Patient Respekt vor Kontakten zum Arbeitgeber habe, er sei aufgrund einer sprachlichen Barriere eher unsicher und vermeide deshalb Gespräche eher. Dies könnte zur momentan eher ungünstigen Situation beigetragen haben, dass noch kein beruflicher Wiedereinstieg habe geplant werden können. Für einen Wiedereinstieg sei

ein Arbeitsbeginn mit reduziertem Pensum, z.B. 50 %, ab dem Monat November zu empfehlen (act. 8/25).

d) Am 4. November 2020 äusserte sich Dr. G. zu den Gründen für die Abweichungen zwischen ihrem Gutachten und den Einschätzungen der behandelnden Ärzte. Demnach gehe es im Rahmen einer Begutachtung darum, eine versicherungspsychiatrische Beurteilung abzugeben. Oftmals stimmten dabei die klinische Einschätzung und die jeweilige versicherungsmedizinische Einschätzung einer allfälligen Arbeitsfähigkeit nicht überein. Insbesondere müssten bei der versicherungspsychiatrischen Einschätzung sämtliche krankheitsfremden Faktoren ausser Acht gelassen werden. Die Beurteilung erfolge dabei gestützt auf Bundesgerichtsentscheide sowie sozialrechtliche Vorgaben und die schweizerische Gesetzgebung. Es handle sich somit um eine andere Beurteilung desselben Sachverhaltes: klinisch versus versicherungspsychiatrisch. Eine Krankschreibung liege im Ermessen des Behandlers, welcher nicht zwingend an versicherungsmedizinische Leitlinien und Vorgaben gebunden sei (act. 8/29).

e) Am 8. Dezember 2020 gab der Vertrauensarzt der B., Dr. med. I., eine Stellungnahme ab und erklärte dabei, es lägen keine neuen medizinischen Informationen vor seit dem ZAFAS. Die Beurteilung im ZAFAS sei unabhängig durch eine externe, nicht bei der B. angestellte Ärztin erfolgt (act. 8/35).

f) Mit Bericht 10. Dezember 2020 führte das E. aus, es würde gerne zu den bisher ausgestellten Arbeitsunfähigkeitszeugnissen Stellung nehmen. Die beim Versicherten ab dem 1. November 2020 attestierte Arbeitsfähigkeit von 50 % und die ab dem 27. November 2020 attestierte Arbeitsfähigkeit von 100 % gelte für Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. In Bezug auf den durch den Patienten wahrgenommenen Arbeitsplatz bei der C. AG im Spital F. bestehe weiterhin (ab dem 1. November 2020) eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. Diese begründe sich dadurch, dass durch die Wahrnehmung einer Tätigkeit an dieser Stelle mit hoher Wahrscheinlichkeit eine erneute Erkrankung zu erwarten sei. Der Versicherte gerate alleine durch das Erwähnen dieser Arbeitsstelle in einen vegetativ bedingten Stress, eine Rückkehr dorthin unter den bisherigen Voraussetzungen wäre für die gesundheitliche Situation daher ungünstig (act. 8/37).

4.

- 4.1 Streitig zwischen den Parteien ist der Anspruch des Klägers auf Taggeld ab dem 17. September 2020. Der Versicherte stellt sich auf den Standpunkt, im Zeitpunkt der Einstellung der Gelder habe jedenfalls noch eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

vorgelegen. In Bezug auf andere Arbeitsstellen sei im Sinne der Angaben des E. ab dem 1. November 2020 von einer Arbeitsfähigkeit von 50 % und ab dem 27. November 2020 von 100 % auszugehen. Die Beklagte macht demgegenüber geltend, eine Arbeitsunfähigkeit habe ab dem 17. September 2020 allenfalls mit Bezug auf die bisherige Arbeitsstelle bestanden, nicht jedoch in derselben Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber; ab dem betreffenden Zeitpunkt fehle es mithin an einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit.

- 4.2 Bei dem von der B. in Auftrag gegebenen Gutachten von Dr. G. vom 14. September 2020 handelt es sich laut der Angaben um eine Standortbestimmung im Sinne einer Orientierung, die nicht den Anspruch auf ein ausführliches und umfangreiches Gutachten erhebt. Die Beurteilung gilt als Parteigutachten, für das die oben erwähnten Beweisgrundsätze gelten²⁴. Fraglich ist, ob die Expertise den betreffenden Anforderungen genügt. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass sich aus dem Bericht ausreichend klar ergibt, dass beim Kläger eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit gegeben ist, die über den 16. September 2020 hinausreicht. Insoweit besteht nämlich Übereinstimmung mit dem E., und selbst die Beklagte bestreitet eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit der fraglichen Art nicht. Sodann erscheint mit der Expertise von Dr. G. ausserdem zuverlässig dargetan, dass der Kläger seine angestammte Tätigkeit als Spitalpfleger bei einem anderen Arbeitgeber als der C. AG ab dem 17. September 2020 wieder voll ausüben konnte, wie er auch bei jeder anderen Arbeit nicht eingeschränkt war. Dass beim Kläger im Zeitpunkt der Untersuchung durch Dr. G. keine psychiatrische Störung vorlag, welche die Arbeitsfähigkeit (an einem anderen Arbeitsplatz als bei C. AG) einschränkte, erscheint plausibel. So erklärte die Gutachterin namentlich, im Verlauf der Krankschreibung habe der Versicherte sein Zustandsbild subjektiv verbessern können. Durch den Bericht des E. vom 29. Oktober 2020 wird die im Verlauf erfolgte gesundheitliche Verbesserung bestätigt. Wenn aber das E. annimmt, dass der Versicherte in Bezug auf seine angestammte Tätigkeit (an einem anderen Arbeitsplatz als bei der C. AG) erst per 1. November 2020 wieder arbeitsfähig sein soll (zunächst zu 50 % und per 27. November 2020 dann zu 100 %) erscheint dies nicht nachvollziehbar bzw. unzureichend begründet. Dies insbesondere mit Blick darauf, dass sich der Versicherte im Zeitpunkt der Begutachtung offenbar bereits auf der Suche nach einer neuen Stelle befand. Konkret hatte er demnach zuvor schon einige Bewerbungen an andere Spitäler geschickt, aber noch keine positive Rückmeldung erhalten. Letztere Angaben wurden vom Kläger nicht bestritten. Hier liegt jedenfalls ein gewichtiges Indiz für die Zuverlässigkeit der Ansicht von Dr. G. vor, wonach der Versicherte im Zeitpunkt der Taggeldeinstellung tatsächlich in der Lage war, eine neue Stelle als Spitalreiniger bei einem anderen Arbeitgeber – zu einem

²⁴ vgl. oben Erwägung 1.5.

Pensum von 100 % – anzutreten. Nicht zu hören ist der Kläger schliesslich mit seiner Kritik, die Gutachterin habe gemäss ihren eigenen Angaben eine "versicherungspsychiatrische Beurteilung" vorgenommen und bei ihrer Beurteilung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung Bezug genommen. Letztlich bestehen keine Anhaltspunkte, dass Dr. G. einfach eine für ihre Auftraggeberin günstige Expertise erstattet hat, zumal eben die Gutachterin zu Schlussfolgerungen gelangte, die objektiv zu überzeugen vermögen bzw. durch konkrete Indizien gestützt werden. Zusammenfassend erweist sich das Gutachten von Dr. G. als voll beweiskräftig. Es ist gestützt darauf anzunehmen, dass im Zeitpunkt der betreffenden Untersuchung beim Versicherten eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorlag, während er in jeder anderen Tätigkeit (wieder) voll einsetzbar war.

5.

5.1 Es stellt sich nun aus rechtlicher Sicht die Frage, ob bzw. inwieweit die B. im Zusammenhang mit der beim Kläger bestehenden arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit eine Leistungspflicht trifft. Die B. hat einen Taggeldanspruch des Klägers ab dem 17. September 2020 abgelehnt mit der Begründung, eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsfähigkeit sei durch den Versicherungsvertrag nicht gedeckt. Beim Kläger liege keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Ziff. 3.4 AVB vor; dies mit Blick darauf, dass er in der Lage sei, seine angestammte Tätigkeit bei jedem anderen Arbeitgeber als der C. AG uneingeschränkt auszuüben.

5.2 In einem Entscheid aus dem Jahr 2015 hatte sich das Versicherungsgericht St. Gallen mit der Frage befasst, ob es sich bei der ausschliesslich arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit um ein versichertes Ereignis handelt und dies mit Blick auf die massgebenden gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen bejaht. Die AVB des betreffenden Versicherungsträgers lauteten inhaltlich genau gleich wie jene der B. In seiner Begründung hatte sich das kantonale Gericht dabei insbesondere mit der Rechtslage im Arbeitsrecht auseinandergesetzt. Demnach sei der Begriff der Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht; OR; SR 220) funktionsbezogen auszulegen. Der Lohnanspruch eines Arbeitnehmers bestehe auch bei bloss arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit, d.h., wenn jener nur in Bezug auf seine konkrete Stelle an der Arbeit verhindert sei, im Übrigen aber ganz normal einsatzfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung kaum eingeschränkt sei. Folglich hänge der Lohnanspruch denn auch nicht davon ab, ob der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit im konkreten Fall ein Krankheitswert im medizinischen oder rechtlichen Sinn zukomme. Art. 324a Abs. 4 OR gestatte nun, dass die gesetzlichen Regelungen durch schriftliche Abreden oder durch Regelungen in Normal-

oder Gesamtarbeitsverträgen ersetzt werden könnten, wenn die dort getroffene Lösung der gesetzlichen Regelung gleichwertig sei. Der Schutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit geschehe hauptsächlich durch Abschluss von Taggeldversicherungen nach VVG. Relevant sei in diesem Zusammenhang Art. 33 VVG. Dieser normiere, dass von einer umfassenden Übernahme der versicherten Gefahr durch den Versicherer auszugehen sei. Davon sei nur abzuweichen, wenn das Gesetz oder der Versicherungsvertrag eine bestimmte und unzweideutige Beschränkung der Gefahrenübernahme enthält, wobei dem Versicherer grundsätzlich freie Hand gelassen wird, Umfang und Voraussetzungen seiner Leistungspflicht vertraglich zu fixieren. Klauseln, welche die Versicherung einschränkten, seien restriktiv zu interpretieren, weil sie im Widerspruch zum Zweck der Versicherung stünden. Das kantonale Gericht befand im Ergebnis, gestützt auf die anwendbaren Versicherungsbestimmungen sei die Arbeitsfähigkeit nicht nur in Bezug auf die ausgeübte Tätigkeit, sondern auch hinsichtlich der konkreten Arbeitsstelle zu beurteilen. Bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit handle es sich um eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, mit der Folge, dass ein versichertes Ereignis im Sinne der AVB zu bejahen sei²⁵.

Das Obergericht Bern war in einem Entscheid aus dem Jahr 2021 ebenfalls mit der Frage befasst, inwieweit eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsfähigkeit taggeldversichert sei. Es kam zum Schluss, die Erstinstanz (das Regionalgericht Oberland) habe in ausführlicher und nachvollziehbarer Auslegung des Versicherungsvertrags aufgezeigt, dass eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit versichert sei. Als solche sei demnach auch eine (rein) arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit zu verstehen, sofern eine gesundheitliche Einschränkung der Grund für die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit sei. Eine solche sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Eine gegen diesen Entscheid eingelegte subsidiäre Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen, wobei dessen Kognition aufgrund der Rechtsnatur dieser Beschwerde beschränkt war²⁶.

Das Bundesgericht hatte auch schon weitere Fälle im Zusammenhang mit arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit zu beurteilen. Allerdings war in diesen Fällen das Vorliegen eines versicherten Ereignisses nicht (mehr) streitig, sondern zu prüfen war einzig die Festlegung einer Übergangsfrist für die Suche nach einer neuen Stelle vor der definitiven Einstellung der Taggelder²⁷.

²⁵ Urteil des Versicherungsgerichts St. Gallen KV-Z 2014/3 vom 6. Oktober 2015 E. 5, mit Verweisen.

²⁶ vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 4D_7/2021 vom 12. April 2021 E. 4, sowie den Entscheid des Obergerichts Bern ZK 20 462 vom 8. Januar 2021.

²⁷ vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C_177/202 vom 18. August 2022 und 4A_111/2010 vom 12. Juli 2010.

In der Literatur wird ebenso klar darauf hingewiesen, dass bei einer Krankentaggeldversicherungslösung grundsätzlich ein Anspruch auf Taggeldleistungen bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit besteht. Gleich wie bei oben zitiertem Urteil des Versicherungsgerichts St. Gallen erfolgt dabei der Hinweis, dass eine Taggeldversicherung im Prinzip als Korrelat zur Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit des Arbeitnehmers zu betrachten sei²⁸.

- 5.3 Gestützt auf die Aktenlage und die zitierte Lehre und Rechtsprechung ist hier klarerweise davon auszugehen, dass beim Kläger eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit besteht, welcher unter Ziff. 3.4 i.V.m. 3.1 AVB fällt. Auch bei einer bloss arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ist der Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gestützt auf Art. 324a wie gesehen in aller Regel zu bejahen²⁹. Folgerichtig möchte sich ein Arbeitgeber durch den Abschluss einer Taggeldversicherung gegen solche Risiken (ebenfalls) versichern. Dies muss im Prinzip auch seiner Vertragspartnerin, also der Taggeldversicherung klar sein. Jedenfalls kann vorliegend keine Rede davon sein, dass in Ziff. 3.4 AVB die Haftung für arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit in "unzweideutiger Fassung" von der Versicherung ausgeschlossen wird, wie dies gemäss Art. 33 VVG vorausgesetzt wäre. Zudem ist nicht ersichtlich und wurde von der Beklagten nie geltend gemacht, dass die beim Kläger bestehende Arbeitsunfähigkeit von einer Art ist, die eine Verantwortung des Arbeitgebers nach sich zieht, mit der Folge, dass Art. 324a OR nicht anwendbar wäre³⁰. Im Ergebnis ist ein versichertes Ereignis, für welches die B. einzustehen hat, zu bejahen. Inwieweit der Kläger nun ab dem 17. September 2020 noch einen konkreten Anspruch auf Taggelder gegenüber der Beklagten hat, ist Gegenstand der nachfolgenden Erwägungen.

²⁸ PÄRLI/BORER, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit in arbeitsrechtlicher Hinsicht und Auswirkungen auf die Sozialversicherung, in: *Allegro con moto*, Festschrift zum 65. Geburtstag von Ueli Kieser, 2020, S. 432; vgl. ebenfalls RUDOLPH/VON KAENEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen, in: *SJZ* 106/2010 S. 364 f.; HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., S. 155; in letzterem Werk wird dabei noch darauf hingewiesen, es stelle sich oftmals die Frage der Verantwortung für die konkrete Situation. Liege sie beim Arbeitgeber, so sei u. U. nicht mehr Art. 324a OR massgebend, sondern es handle sich um eine Haftung des Arbeitgebers aus Art. 324 OR [Annahmeverzug] oder Art. 328 OR [Fürsorgepflicht].

²⁹ vgl. oben E. 5.2 und RUDOLPH/VON KAENEL, a.a.O., S. 363.

³⁰ vgl. dazu die in Fussnote 28 zitierte Lehrmeinung von HÄBERLI/HUSMANN.

6.

6.1 Ziff. 3.4 AVB entspricht dem allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Grundsatz der Schadenminderungspflicht, welcher sich auch in Art. 6 ATSG findet³¹. Dieser gebietet, dass die versicherte Person nach Eintritt des Schadens alle ihr möglichen und zumutbaren Massnahmen zu treffen hat, um diesen zu mindern oder zu beheben. Er umfasst auch die Pflicht zur Annahme einer möglichen Arbeit. Eine Taggeldversicherung dient dem Einkommensersatz und löst die Lohnfortzahlungspflicht eines Arbeitgebers nur soweit und solange ab, als es dem Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist, die vertraglich übernommenen Verpflichtungen zum Teil oder ganz zu erfüllen oder aber eben anderweitig erwerbstätig zu sein. Sie ist jedoch nicht dazu bestimmt, einem Leistungsansprecher auch dann einen Lohnausfall auszugleichen, wenn er wieder ein Erwerbseinkommen erzielen könnte. Art. 21 Abs. 4 ATSG hält fest, dass einer versicherten Person Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt werden können, wenn sich diese einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, entzieht oder widersetzt, oder wenn sie nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu beiträgt. Sie muss vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden; ihr ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen. Behandlungs- oder Eingliederungsmassnahmen, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit darstellen, sind nicht zumutbar³².

6.2 Praxisgemäss ist die Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person grundsätzlich nach der Tätigkeit zu beurteilen, die sie gegebenenfalls unter Berücksichtigung einer Anpassungszeit bei gutem Willen ausüben könnte. Von einer "langen Dauer" der Arbeitsunfähigkeit (i.S.v. Ziff. 3.4 AVB) ist in der Regel auszugehen, wenn die Arbeitsunfähigkeit mehr als sechs Monate gedauert hat. Nach der Rechtsprechung ist eine Anpassungszeit von etwa drei bis fünf Monaten zu gewähren. Die Länge der Frist bestimmt sich danach, welche Zeit für die Stellensuche und den Antritt einer neuen Stelle unter Berücksichtigung der Vermittlungsfähigkeit einzuräumen ist. Gemäss BGE 129 V 460 E. 5.2 beträgt die "übliche" Übergangsfrist vier Monate. Auch unter dem Blickwinkel der Schadenminderungspflicht gemäss Art. 61 aVVG ist die versicherte Person nach Aufforderung durch den Versicherungsträger und angemessener Übergangsfrist verpflichtet, einen Berufswechsel vorzunehmen³³.

6.3 Nach Massgabe der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist entgegen der Auffassung der Beklagten festzuhalten, dass eine Übergangsfrist von 3 – 5 Monaten nicht nur bei einem

³¹ vgl. auch Art. 61 aVVG.

³² vgl. zum Ganzen Urteil des Versicherungsgerichts St. Gallen KV-Z 2021/3 vom 19. April 2023 E. 8.1.

³³ Urteil des Versicherungsgerichts St. Gallen KV-Z 2021/3 vom 19. April 2023 E. 8.2.

Berufswechsel zum Zuge kommt, sondern auch bei einer rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsfähigkeit³⁴. Die Übergangsfrist dient nicht nur einer Umschulung, sondern vielmehr generell der Anpassung und Stellensuche³⁵. Die Lehre spricht sich bei längerer arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit ebenfalls dafür aus, dass der Versicherungsträger dem Versicherten eine Frist ansetzen kann, innert der ein Aufgaben- oder Stellenwechsel erwartet werde und nach deren Ablauf die Leistungen eingestellt würden. Dagegen sei aus versicherungsrechtlicher Sicht auch dann nichts einzuwenden, wenn dafür keine oder wie oft nur eine teilweise Grundlage in den AVB vorhanden sei³⁶.

6.4 Der Versicherte wurde Mitte Juni 2020 arbeitsunfähig. Die B. erbrachte ihre Taggeldleistungen bis Mitte September 2020. Im Prinzip fragt es sich, ob die Beklagte den Kläger bereits nach rund dreimonatiger Arbeitsunfähigkeit abmahnen durfte. Dies ist zu bejahen. Einerseits ist der betreffende Punkt vom Kläger gar nicht konkret gerügt worden. Andererseits erscheint es mit Blick auf die besondere Natur der arbeitsbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht unvertretbar, wenn der Versicherungsträger den Versicherten nach drei Monaten auffordert, sich eine gleichartige Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber zu suchen. Im Übrigen ist auf das erwähnte bundesgerichtliche Präjudiz 9C_177/2022 vom 18. August 2022 hinzuweisen. Dort war die betroffene versicherte Person seit dem 30. März 2020 arbeitsunfähig gemeldet, und schon am 8. Juni 2020 hatte die Versicherung jene aufgefordert, ihrer Schadenminderungspflicht nachzukommen. Die versicherte Person war also nach nur etwas mehr als zweimonatiger arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit abgemahnt worden, doch wurde dies vom Bundesgericht nicht gerügt. Beanstandet wurde einzig, dass die Versicherung die Übergangsfrist für die Suche nach einer neuen Stelle nur bis Ende Juli 2020 angesetzt hatte, als für eine Dauer von nicht einmal zwei Monaten.

6.5 Im Sinne des Gesagten stellt sich nun bloss noch die Frage, auf welche Dauer die Übergangsfrist ab dem 17. September 2020 genau festzusetzen ist. Dies ausgehend von der durch Lehre und Rechtsprechung definierten Bandbreite von 3 - 5 Monaten. Im schon mehrfach erwähnten Urteil des Bundesgerichts 4A_111/2010 vom 12. Juli 2010 E. 3.2 hatte sich dieses mit der Frage auseinanderzusetzen, ob bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit eine Übergangsfrist von fünf Monaten, wie sie das Waadtländer Kantonsgericht festgesetzt hatte, angemessen sei. Es erwog, eine Gesamtdauer von fünf Monaten erscheine grundsätzlich beträchtlich ("*considérable*") in Anbetracht der Tatsache, dass die berufliche Wiedereingliederung der versicherten Person lediglich darin bestanden habe, eine Stelle im

³⁴ vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_111/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2 und 9C_177/2022 vom 18. August 2022 E. 6.3.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_73/2019 vom 29. Juli 2019 E. 3.3.3.

³⁶ RUDOLPH/VON KAENEL, a.a.O., S. 364; vgl. auch PÄRLI/BORER, a.a.O., S. 433.

selben Beruf zu finden. Umgekehrt falle indessen der Umstand ins Gewicht, dass der zuständige Arzt eine schrittweise Wiederaufnahme der Arbeit empfohlen habe, zunächst zu 50 % und bereits nach wenigen Wochen zu einem vollen Pensum. Für einen arbeitssuchenden Arbeitnehmer sei es besonders schwierig, einen Arbeitgeber zu finden, der bereit sei, Personal zu solchen Bedingungen einzustellen. In Anbetracht der Gesamtheit der Umstände sei daher nicht anzunehmen, dass das Waadtländer Kantonsgericht den ihm gemäss Art. 4 ZGB zustehenden Ermessensspielraum missbraucht habe. Solche Umstände wie im Urteil 4A_111/2010 liegen hier offensichtlich nicht vor. Laut der einschlägigen medizinischen Beurteilung von Dr. G. war der Kläger ab Mitte September 2020 uneingeschränkt in der Lage, eine Tätigkeit bei einem neuen Arbeitgeber aufzunehmen. Demgemäss erschiene es hier nicht angemessen, die Übergangsfrist auf 5 Monate festzusetzen. Sachgerechter erscheint eine Dauer von drei bis vier Monaten. In diesem Zusammenhang ist auf die bereits zitierte Rechtsprechung gemäss BGE 129 V 460 hinzuweisen, wo 4 Monate als "übliche" Frist bezeichnet wurden. Allerdings stand in jenem Fall nicht nur eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit zur Diskussion, sondern eine berufliche Neuorientierung. Die versicherte Person hatte sich sogar bei der Invalidenversicherung angemeldet zwecks Umschulung bzw. medizinischer Eingliederungsmassnahmen. Vorliegend gilt es letztlich der Tatsache Rechnung zu tragen, dass ein blosser Stellenwechsel regelmässig weniger Zeit beanspruchen wird als ein Berufswechsel³⁷. Demzufolge rechtfertigt es sich, die Übergangsfrist im untersten Bereich zu fixieren, mithin bei drei Monaten. Der Taggeldanspruch des Klägers verlängert sich so bis zum 16. Dezember 2020. Dies entspricht 91 Taggeldern, bei einer soweit unstrittigen Taggeldhöhe von Fr. 105.25³⁸.

6.6 Zusammenfassend ist die Klage teilweise gutzuheissen und die B. zu verpflichten, dem Kläger 91 Taggelder à Fr. 105.25, entsprechend einem Totalbetrag von Fr. 9'577.75, nachzuzahlen.

7.

7.1 Weiter macht der Kläger für die Taggeldnachzahlung einen Verzugszins von 5 % ab 29. Dezember 2020 geltend.

7.2 Für die Ansprüche des Versicherten auf Leistungen gelten die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR, SR 220)³⁹. Gemäss Art. 102 OR setzt der Schuldnerverzug die Fälligkeit der Forderung und eine Mahnung oder einen bestimmten Verfalltag voraus.

³⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_177/2022 vom 18. August 2022 E. 6.3.

³⁸ vgl. die Auflistung der bisherigen Taggeldzahlungen gemäss act. 3.17.

³⁹ STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, S. 298.

Gemäss Ziff. 24.1 AVB wird die Versicherungsleistung spätestens 4 Wochen nach dem Zeitpunkt fällig, in dem der Versicherte die für die Feststellung seiner Leistungspflicht benötigten Unterlagen erhalten hat (sogenannte Deliberationsfrist)⁴⁰. Diese Bestimmung entspricht Art. 41 Abs. 1 VVG. Hat die anspruchsberechtigte Person (oder die ehemalige Arbeitgeberin als Versicherungsnehmerin) die nötigen Angaben gemacht und ist, wie vorliegend, die Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen, gerät der Versicherer (nach Ablauf der vierwöchigen Deliberationsfrist) grundsätzlich erst durch Mahnung in Verzug⁴¹. Lehnt die Versicherung ihre Leistungspflicht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung der versicherten Person⁴². Fälligkeit und Verzug treten dann sofort ein und eine Deliberationsfrist wird überflüssig⁴³. Denn diesfalls erklärt der Schuldner unmissverständlich, dass er nicht leisten werde, weshalb sich eine Mahnung als überflüssig erweisen würde. Der Gläubiger kann daher analog Art. 108 Ziff. 1 OR auf sie verzichten. Dies gilt auch dann, wenn die eindeutige und definitive Verweigerungserklärung schon vor Fälligkeit der Forderung abgegeben wurde (antizipierter Vertragsbruch)⁴⁴.

7.3 Nach den vorstehenden Ausführungen geriet die Beklagte mit der definitiven Ablehnung ihrer Leistungspflicht mit den einzelnen Taggeldern jeweils am Tag der Fälligkeit in Verzug. Eine ausdrückliche Mahnung des Klägers war nicht erforderlich⁴⁵. Aus praktischen Gründen rechtfertigt es sich, von einem mittleren Verfall der zugesprochenen Taggelder auszugehen. In Bezug auf die Zeitspanne 17. September 2020 – 16. Dezember 2020 ist dies der 1. November 2020. Gefordert hat der Kläger den Verzugszins aber erst ab dem 29. Dezember 2020. Dieser Antrag ist massgebend (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

7.4 Nachdem die Höhe der geforderten Verzugszinsen von 5 % dem gesetzlichen Betrag von Art. 104 Abs. 1 OR entspricht, sind dem Kläger solche zuzusprechen.

8.

8.1 Für das vorliegende Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben (Art 114 lit. e ZPO).

⁴⁰ vgl. MARCEL SÜSSKIND, in: Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. 2023, N. 3 zu Art. 41 VVG.

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_487/2007 vom 19. Juni 2009 E. 8.2; SÜSSKIND, a.a.O., N. 31 zu Art. 41 VVG.

⁴² Urteil des Bundesgerichts 4A_16/2017 vom 8. Mai 2017 E. 3.1.

⁴³ SÜSSKIND, a.a.O., N. 24 und 33 zu Art. 41 VVG.

⁴⁴ WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, in: Basler Kommentar, OR I, 7. Aufl. 2020, N. 11 zu Art. 102 OR.

⁴⁵ Urteile des Versicherungsgerichts St. Gallen KV-Z 2016/13 vom 16. August 2017 E. 7.2 und KV-Z 2019/2 vom 6. Januar 2020 E. 6; Urteil des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden O2V 20 21 vom 15. Februar 2022 E. 6.6.

8.2 Die Befreiung von den Gerichtskosten entbindet die Parteien nicht von der Leistung einer Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei⁴⁶. Der Kläger hat Taggelder in der Höhe von Fr. 12'472.15 eingeklagt. Die Forderung wird mit diesem Urteil in einem Umfang von Fr. 9'577.75 geschützt. Der Kläger unterliegt so zu rund einem Viertel, die Beklagte zu rund drei Vierteln. Bei nur teilweisem Obsiegen wird nach der von den ausserrhodischen Gerichten angewendeten Methode von der Kostenrechnung der mehrheitlich obsiegenden Partei ausgegangen. Davon ist ihr eigener Kostenanteil zweifach abzuziehen; die Differenz zum Rechnungsbetrag ist ihr zu erstatten. Im vorliegenden Fall führt das zu einem Anspruch des Klägers auf Ersatz von $(4/4 \text{ minus } 2/4 =) 1/2$ seiner Kosten von der Beklagten.

8.3 Zu ersetzen sind dem Kläger die Kosten seiner Anwältin (Art. 95 Abs. 3 lit. b, Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Massgeblich ist nach Art. 105 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 96 ZPO der ausserrhodische Anwaltstarif (AT, bGS 145.53). Die Rechtsvertreterin des Klägers hat eine Kostennote eingereicht, welche eine Forderung von Fr. 4'668.85 ausweist, entsprechend einem Zeitaufwand von 16.67 Stunden à Fr. 250.-- (act. 13). Der nämliche Betrag kann von vornherein nicht genehmigt werden. Die vorliegende Angelegenheit gilt als Zivilprozess im Sinne von Art. 8 AT, welcher nur eine Honorarbemessung nach Streitwert vorsieht.

Bei einem Streitwert von Fr. 12'472.15, wie er der Klage zugrunde liegt, beträgt das mittlere Honorar nach Art. 9 Abs. 2 lit. b AT Fr. 3'150.70. Dazu kommt ein Zuschlag nach Art. 12 Abs. 1 lit. b AT für die Replik; diesbezüglich erscheinen 20 % oder Fr. 630.15 angemessen. Hinzu kommen pauschalisierte Barauslagen von praxisgemäss 4 % sowie die Mehrwertsteuer von 7.7 %. Eine volle Parteientschädigung würde so einem Betrag von Fr. 4'234.85 entsprechen. Davon hat ihm die Beklagte die Hälfte oder Fr. 2'117.45 zu ersetzen.

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47.

Demgemäss erkennt der Einzelrichter des Obergerichts:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 9'577.75 nebst Zins zu 5 % ab 29. Dezember 2020 zu bezahlen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 2'117.45 zu bezahlen.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG). Es handelt sich um eine streitwertunabhängige Angelegenheit (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG).
5. Mitteilung an:
 - RA AA., mit Gerichtsurkunde
 - B. AG, mit Gerichtsurkunde
 - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, eingeschrieben

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Marc Giger

versandt am: 13. Juli 2023