

Obergericht des Kantons Solothurn, 22. Juni 1998,  
P. c. Patria Schweiz. Lebensversicherungsgesellschaft, Basel

**Tatbestand/Gründe:** Der Kläger war bis am 31. März 1994 bei der Möbelfirma T. AG in Z. als Möbelverkäufer angestellt. Nach der unbestritten gebliebenen Behauptung der Beklagten war der Kläger sogar Teilhaber der Firma T. Die Möbel T. AG hat am 23. August 1989 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der Patria Schweizerische Lebensversicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit, Basel, einen Versicherungsvertrag betreffend eine obligatorische Lohnausfallversicherung (Krankentaggeld) abgeschlossen. Gemäss Art. 1 dieses Vertrages versichert die Firma T. AG ihre gegenwärtigen und künftigen Arbeitnehmer gegen Lohnausfall bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit.

Am 27. Januar 1994 wurde dem Kläger die Stelle auf Ende März 1994 gekündigt. Am 18. Februar 1994 begab sich der Kläger zu seinem Hausarzt, Dr. P. B., Spezialarzt für Innere Medizin, Solothurn, und gab gemäss dessen Zeugnis vom 8.7.94 an,

"am 15.2. beim Karatetraining bei einem Sprung auf den Rücken gefallen zu sein, darauf einen kurz dauernden Schmerz im Bereich der LWS verspürt zu haben." Das Zeugnis führt weiter aus:

"Erst am Tage später kam es zu einer starken Lumbalgie, die bis heute nicht ganz verschwunden ist. Intensive, medikamentöse, chiropraktische und physikalische Therapie haben nur geringgradigen und sehr zögernden Erfolg. In einem CT vom 22.3.1994 (Bürgerspital S.) konnte lediglich, leichte mediale Diskusprotusion L 4/5 sowie beginnende degenerative Veränderungen mit Spondylarthrosen sowie Veränderungen in den kranialsten mitabgebildeten ISG-Abschnitten dargestellt werden. ( ... ) Die Arbeitsunfähigkeit betrug sicher bis zum 9.6.1994 100%, seither höchstens 50%, wobei diese 50% in der Arbeitsweise und nicht in der Arbeitszeit liegen. Da früher nur geringgradige bis keine Rückenschmerzen vorhanden waren, sind Unfallfolgen sehr wahrscheinlich."

Am 8. Juni 1994 liess die Möbel T. AG der Beklagten eine Krankheitsanzeige zukommen. Mit Schreiben vom 5.8.1994 an die Möbel T. AG erklärte die Patria Versicherung, sie ersehe aus dem ärztlichen Zeugnis im Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit vom 16.2.94 bis 19.6.94, die versicherte Person sei infolge eines Unfalls arbeitsunfähig und bat die Möbel T. AG, die Arbeitsunfähigkeit dem Unfallversicherer zu melden. Mit Verfügung vom 18. November 1994 hielt die SUVA gegenüber dem Kläger folgendes fest:

"Am 15.2.94 waren Sie als Gasttrainer in der Karateschule in W. b. O. Bei einer technischen Kür führten Sie einen Sprung mit einer Linksdrehung um die eigene Achse durch. Bei der Landung schlugen Sie etwas hart mit der Ferse am Boden auf. Nach Ihren Angaben hat sich nichts Besonderes, Aussergewöhnliches wie Ausgleiten, Sturz etc. zugetragen." Gestützt darauf lehnte die SUVA einen Anspruch auf Versicherungsleistungen ab.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 1994 bat der Vertreter des Klägers die Beklagte, diesem die gemäss Vertrag und der Suva-Verfügung vom 18.11.94 zustehenden Leistungen direkt zukommen zu lassen, da zwischenzeitlich der Arbeitsvertrag mit der Möbel T. AG aufgelöst worden sei. In der Folge liess die Beklagte dem Kläger folgende Abrechnungen zukommen:

"Arbeitsunfähigkeit und Abrechnung

100% vom 16.2.1994 bis 16.5.1994 = 60 Tage	Fr. 7'179.00
100% vom 17.5.1994 bis 9.6.1994	24 Tage Fr. 2'871.60
50% vom 10.6.1994 bis 30.9.1994 =	113 Tage Fr. 6'757.40"

5. Mit Schreiben vom 14. Februar 1995 hielt der Vertreter des Klägers fest, dieser sei aufgrund des vorliegenden ärztlichen Zeugnisses von Herrn Dr. P. B. vom 19.6.94 bis zum heutigen Tag zu 75% arbeitsunfähig. Im weiteren bat er darum, den Kläger zu einer Untersuchung beim Vertrauensarzt aufzubieten, um den Umfang der Arbeitsunfähigkeit abzuklären. Hierauf stellte die Beklagte der Möbel T. AG am 17.3.1995 folgende Krankentaggeld-Schlussabrechnung zu:

"Arbeitsunfähigkeit und Abrechnung

100% vom 17.5.1994 bis 9.6.1994 =	24Tage = Fr. 2'871.60
75% vom 10.6.1994 bis 22.1.1995 =	227 Tage = Fr. 20'373.25"

Mit Schreiben vom 20. März 1995 an den klägerischen Anwalt hielt die Beklagte fest, die Angaben zur Arbeitsunfähigkeit seien aufgrund der Intervention des Klägers abgeändert worden. Gemäss dem Schreiben der Klinik O. (Dr. A., vom 14.3.95) sei die Arbeitsfähigkeit für leichte körperliche Arbeit in Wechselbelastung ab dem 23.1.1995 voll gegeben. Der Beruf als Möbelverkäufer sei nahezu ideal, um den geforderten Wechselbelastungen nachzukommen.

Der Vertreter des Klägers antwortete mit Schreiben vom 30.3.1995. Mit dem von Dr. A. erstellten ärztlichen Bericht sei keinesfalls eine gründliche, vertrauensärztliche Untersuchung vorgenommen worden. Die Tätigkeit als Möbelverkäufer sei nicht ideal, da sie überwiegend stehend erfolge und sporadisch Tragarbeiten zu verrichten seien. Es entspreche nicht den Tatsachen, dass der Arbeitsfähigkeitsgrad nach einer Intervention des Klägers abgeändert worden sei. Die attestierten 50% bezögen sich auf die Arbeitsweise und nicht auf die Arbeitszeit. Deshalb sei ein effektiver Arbeitsunfähigkeitsgrad von 75% im bisherigen Aufgabenbereich gerechtfertigt. Seines Erachtens daure die Leistungspflicht der Beklagten an. Sein Mandant erwarte nun das Aufgebot zu einer Untersuchung durch einen Spezialisten oder Vertrauensarzt.

Die verlangte vertrauensärztliche Untersuchung fand schliesslich am 27.4.95 durch Herrn Dr. J. J. W., in B., statt. Dieser kam bezüglich Arbeitsunfähigkeit gemäss Gutachten vom 10.5.1995 zu folgendem Schluss: "Die attestierte AUF vom 16.2.94 bis und mit 19.6.94 zu 100% war sicher gerechtfertigt. Auch retrospektiv scheint mir der Patient medizinisch-theoretisch seit dem 20.6.94 für leichte Arbeiten zu 100% arbeitsfähig mit häufiger Wechselbelastung, d.h. häufigem Wechsel der Position (Sitzen, Stehen, Herumgehen) ohne Heben von schweren Lasten, ohne repetitives Heben von Lasten und ohne Arbeiten in unphysiologischer Stellung des Achsenorgans)."

Mit Schreiben vom 19. Juli 1995 hielt der Vertreter des Klägers an der von Dr. P. B. erkannten Arbeitsunfähigkeit von 75% über den 20. Juni 1994 hinaus fest und behielt sich die Geltendmachung von Leistungen während der ganzen Dauer des Versicherungsschutzes von 720 Tagen weiterhin vor. Am 20. November 1995 überwies Dr. B. seinen Patienten an die orthopädische Poliklinik des I.-spitals B. Er erwähnte in seinem Schreiben, sein Patient sei seit dem 19.6.1994 nur zu 25% arbeitsfähig. Es gehe dem Patienten natürlich um die Frage der Arbeitsunfähigkeit und ihm als Hausarzt um die Prognose und die therapeutischen Möglichkeiten.

Am 8.2.1996 wurde der Kläger an der orthopädischen Poliklinik des Inselspitals Bern von Dr. P. H., Oberarzt, untersucht und folgendermassen beurteilt: "Herr P. leidet an einem leichtgradigen Lumbalsyndrom. Die objektiven Befunde zeigen keine schweren pathologischen

Veränderungen. Es besteht der Eindruck, dass der Patient als Karatesportler von einer körperlichen Form von "200%" ausgeht und jetzt etwas eingeschränkt ist, aber im Prinzip objektiv noch in Topform ist. Er empfindet offenbar diese Einschränkung sehr stark. Therapeutisch kann nichts geboten werden, der Patient soll selbständig die übliche Aktivität im Rahmen des Möglichen weiter betreiben. Bezüglich Arbeitsfähigkeit muss festgehalten werden, dass er praktisch für alle Tätigkeiten 100% arbeitsfähig ist, einschränkend sind schwerste körperliche Arbeiten (Bauarbeiter). Die vom Rechtsvertreter des Patienten gestellten Fragen sind im Prinzip im Gutachten W. abgehakt, ein Zusammenhang mit der vorgängig ausgeübten Tätigkeit besteht sicher nicht, die Tätigkeit als Möbelverkäufer sollte der Patient im Prinzip wieder ausführen können, auch intermittierend das Heben von Lasten über 20 kg mit korrekter Hebetchnik darf dem Patienten zugemutet werden. Es kann gesagt werden, dass grundsätzlich keine wesentlichen Einschränkungen der Art der Arbeit gemacht werden müssen."

Am 26. April 1996 verfügte das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Verneinung der Anspruchsberechtigung ab dem 19.2.1996 wegen Nichterfüllung der Mindestbeitragszeit von 6 Monaten in den der Arbeitslosigkeit vorangegangenen zwei Jahren (Beitragsrahmenfrist). Zur Begründung erwähnte es, von der Erfüllung der Beitragszeit sei befreit, wer während der Beitragsrahmenfrist mehr als 12 Monate krank war. Der Bericht des I.-spitals B. (Dr. P. H.) besage, der Kläger sei ab dem 20.6.1994 für leichte Arbeiten zu 100% arbeitsfähig. Gegen diese Verfügung liess der Kläger am 7. Mai 1996 Beschwerde an das Versicherungsgericht erheben.

Auf die Frage des Versicherungsgerichtes an Dr. B., ob er immer noch die Auffassung vertrete, Herr P. sei seit dem 20.6.1994 50% arbeitsunfähig gewesen, hielt der Arzt mit Schreiben vom 18.6.1996 folgendes fest:

"Ich möchte darauf hinweisen, dass das Gutachten W., das Ihnen bekannt ist, am 10.5.1995 angefertigt wurde. Nach meinen Akten habe ich den Patienten in der Zeit vom 4.7.1994 bis zum Zeitpunkt des Gutachtens W. immerhin in ungefähr monatlichen Abständen, das heisst, insgesamt 10 x kontrolliert. Ich meine deshalb, die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit sei mir deshalb leichter gefallen als rückwirkend das der Gutachter W. machen musste. Ich weise auch darauf hin, dass Dr. W. für leichte Arbeit eine Arbeitsfähigkeit von 100% mit häufiger Wechselbelastung attestierte. Dies war als Möbelverkäufer sicher nicht möglich. Ich halte deshalb an meiner Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit von 75% (70?) fest."

Das Versicherungsgericht stellte in seinem Urteil vom 8. August 1996 auf diesen letzten Bericht des Hausarztes ab und kam zum Schluss, dass der Beschwerdeführer praktisch während der ganzen Beitragsrahmenfrist zu 100% oder zu 75% arbeitsunfähig gewesen sei. Gemäss dem Kreisschreiben des BIGA (KS-ALE S. 22) könne sich ein Versicherter auch dann auf den Befreiungsgrund von Art. 14 Abs. 1 ALVG stützen, wenn die Krankheit nur eine 50%-ige Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben. Der Beschwerdeführer sei deshalb von der Erfüllung der Beitragszeit befreit. Die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 19.2.1996 sei zu bejahen.

Gemäss den heutigen Angaben des Klägervertreters hat der Kläger seit dem 19.2.1996 Arbeitslosentaggeld bezogen. Im Laufe des Jahres 1995 sei er ohne Einkommen gewesen und nur dank der Unterstützung der Familie nicht zum Sozialfall geworden.

Am 19.9.1995 stellte der klägerische Anwalt das Vorladungsbegehren. Mit Klageschrift vom 10.1.1997 verlangte er den Betrag von Fr. 30'784.--, nebst Zins zu 5% ab 14. September 1994 für den Betrag von Fr. 21'001.50 und ab 1. Januar 1996 für den Betrag von 9'782.75, entsprechend einem Taggeld von 89.75 Franken während 343 Tagen für eine Arbeitsunfähigkeit von 75% vom 23.1.1995 - 31.12.1995.

Mit Urteil vom 21. August 1997 wies das Amtsgericht Solothurn-Lebern die Klage ab. Die eingeholten Gutachten wirkten in ihrer Gesamtheit überzeugender als die Arztberichte von Dr. B. Zum Urteil des Versicherungsgerichtes bemerkte das Amtsgericht, dass jenes von Amtes

wegen die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers beweisen musste. Demgegenüber müsse im zivilrechtlichen Verfahren der Kläger gemäss Art. 8 ZGB beweisen, dass er im fraglichen Zeitraum arbeitsunfähig gewesen sei.

Die Appellation ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Gemäss Art. 87 VVG und Art. 14 AVB hat der Kläger ein direktes Forderungsrecht gegen die Versicherungsgesellschaft. Deshalb ist er aktivlegitimiert.

Es ist unbestritten, dass der Kläger bis am 31.3.1994 bei der Möbel T. AG, Z., als Möbelverkäufer angestellt gewesen ist und dass die Möbel T. AG mit der Beklagten einen Kollektiv-Krankenversicherungsvertrag abgeschlossen hat. Die Beklagte ist grundsätzlich leistungspflichtig, wenn und soweit die Anspruchsvoraussetzungen des Vertrages erfüllt sind.

Der Kläger behauptet, seine Arbeitsunfähigkeit habe über den 22.1.1995 hinaus ange dauert, er habe deshalb Anspruch auf das Krankentaggeld vom 23.1.1995 bis am 31. Dezember 1995 in der Höhe von Fr. 30'784.25. Die Beklagte bestreitet die klägerischen Darlegungen und behauptet, der Kläger sei ab 20. Juni 1994, spätestens jedoch ab dem 23. Januar 1995 medizinisch-theoretisch arbeitsfähig und damit vermittlungsfähig im Sinne des Arbeitslosenversicherungsgesetzes gewesen. Mit der Erlangung der Arbeitsfähigkeit sei die Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Leistungen aus dem Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrag weggefallen. Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere die regelmässige ärztliche Behandlung (Art. 1 des Anhangs I zu den AVB für die Kollektivkranken-Versicherung), wurden nicht ausdrücklich bestritten. Erforderlich ist gemäss Art. 3 und 4 des Anhangs I zu den AVB eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50%, andernfalls die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.

Gemäss Art. 12 Abs. 2 KVG steht es den Krankenkassen und Versicherungen frei, auch Zusatzversicherungen anzubieten. Diese Versicherungsverträge unterliegen dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG, Art. 12 Abs. 3 KVG). Neben der freiwilligen Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG schliessen die Krankenkassen deshalb auch Taggeldversicherungen nach dem VVG ab (Maurer, Privatversicherungsrecht, 1995, S. 495; Agier Jean-Marie, L'assurance collective perte de gain en cas de maladie avant l'entrée en vigueur de la LAMal et après, LAMal- KVG, recueil de travaux en l'honneur de la société suisse des droit des assurances, 1997, S. 571f.)

. Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit wird weder im Versicherungsvertrag und den dazugehörenden Bedingungen noch in dem auf den Vertrag anwendbaren VVG definiert (Art. 11 des Vertrages; zur Krankentaggeldversicherung nach KVG vgl. Eugster Gebhard, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG, recueil de travaux, S. 497ff.). Die Kläger äussern sich dazu nicht näher.

Die Beklagte geht in der Klageantwort davon aus, dass der Kläger medizinisch-theoretisch arbeitsfähig gewesen sei. Sie stellt den vom Gutachter Dr. W. verwendeten Begriff der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit dem der "praktisch-wirtschaftlichen Arbeitsunfähigkeit" gegenüber. Zu Recht bemerkt die Beklagte dazu, dieser Ausdruck sei kein Zeichen von Unsicherheit. Es entspricht in der Tat anerkannter Gutachterpraxis, dass sich der Arzt lediglich zur medizinisch-theoretischen Arbeitsunfähigkeit äussert (Fredenhagen, Das ärztliche Gutachten, S. 72). Die Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit, nach den Worten der Beklagten zur wirtschaftlich-praktischen Arbeitsunfähigkeit, obliegt dem Richter. Äussert sich ein Arzt auch zur Erwerbsunfähigkeit, so muss er festhalten, welche Arbeiten der Patient in seiner angestammten beruflichen Tätigkeit noch zu leisten vermag und welche nicht (BGE 114 V 283; Eugster, a.a.O. S. 520; Urteil des Appellationsgerichtes Baselstadt, in Entscheidungen in privaten Versicherungsstreitigkeiten, XIX, Nr. 79 S. 440) .

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat mit Urteil vom 6. November 1992 i.S. S. c. Patria entschieden, es sei der Begriff der Arbeitsunfähigkeit, wie er vom Eidgenössischen Versicherungsgericht entwickelt worden sei, auch für das Privatversicherungsrecht anwendbar (Entscheidungen in privaten Versicherungsstreitigkeiten, XIX, Nr. 79 S. 440). Dies trifft dann zu, wenn das Resultat der Vertragsauslegung dem Begriff der Arbeitsunfähig-

keit nach der sozialen Krankenversicherung entspricht, d.h. wenn im Resultat keine Abweichung festzustellen ist.

Auch für die Versicherungsverträge gelten die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung. Die Bestimmungen des Versicherungsvertrages sind damit gemäss dem aus Art. 2 Abs. 1 ZGB hergeleiteten Vertrauensprinzip zu beurteilen: Die Vertragsbestimmungen sind so auszulegen, wie sie ihr Empfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste. Bei der Auslegung einer vertraglichen Bestimmung ist vom allgemeinen Sprachgebrauch auszugehen. Die Unklarheitsregel gemäss Art. 33 VVG darf zugunsten des Versicherten herangezogen werden, wenn sich der wirkliche Wille der Parteien nicht aus Sinn und Wortlaut des Vertrages ermitteln lässt. Bevor die Unklarheitsregel zum Zuge kommt, muss versucht werden, Mehrdeutigkeiten nach dem erwähnten Vertrauensprinzip zu beheben (Maurer, Privatversicherungsrecht, 1995, S. 160; vgl. BGE 87 II 26; zur Auslegung von Versicherungsverträgen im allgemeinen Roelli/Keller, Kommentar zum VVG, S. 456ff.; Koenig, Der Versicherungsvertrag, S. 479f.).

Bei der Anwendung des Vertrauensprinzipes ist vorliegend davon auszugehen, dass als Empfänger der Willenserklärung nicht der versicherte Arbeitnehmer, sondern der Vertragspartner der Versicherungsgesellschaft, die Möbel T. AG zu betrachten ist.

Wie erwähnt definieren die Vertragsbestimmungen den Begriff der Arbeitsunfähigkeit nicht näher. Art. 1 der AVB für die Kollektiv-Krankenversicherung beschreibt den Zweck, den Kollektivkrankentaggelder zu erfüllen haben: Die Versicherung schützt den Versicherten vor den wirtschaftlichen Folgen von Krankheit. Durch besondere Vereinbarung kann die Versicherung auch auf Unfälle ausgedehnt werden, was vorliegend nicht geschehen ist (Art. 1 AVB). Gemäss Art. 3 AVB gilt als Krankheit jede vom Willen des Versicherten unabhängige Beeinträchtigung der Gesundheit, die ( ... ) für einen Arzt erkennbar ist und nicht auf einen Unfall zurückgeführt werden kann.

Der Zweck des Abschlusses einer Kollektiv-Krankentaggeld-Versicherung ist regelmässig, die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall gemäss den Bestimmungen des OR über die Versicherung abzudecken (Maurer, Privatversicherungsrecht, 1995, S. 495; Agier, a.a.O., S. 577). Die eingesparte Lohnzahlung gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, eine Ersatzkraft zu finanzieren. Der nach Treu und Glauben ausgelegte Begriff der Arbeitsunfähigkeit reduziert sich damit in Anlehnung an die Pflichten des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag auf die Frage, wann der Versicherte arbeitsvertragsrechtlich verpflichtet war, die Arbeit wieder aufzunehmen. Ab diesem Zeitpunkt, d.h. sobald die Arbeitsunfähigkeit unter 50% fällt, entfällt die Leistung des KollektivKrankentaggeldes.

Im vorliegenden Fall deckt sich dieses Resultat zumindest im Ergebnis mit den Definitionen der Arbeitsunfähigkeit in der Krankentaggeldversicherung gemäss altem Art. 12bis KUVG (neu Art. 72 KVG): Als arbeitsunfähig gilt gemäss dieser Rechtsprechung eine Person, die "infolge eines Gesundheitszustandes ihre bisherige Tätigkeit nicht mehr, nur noch beschränkt oder nur unter der Gefahr, ihren Gesundheitsschadens zu verschlimmern, ausüben kann. Der Grad der Arbeitsunfähigkeit wird laut Rechtsprechung nach dem Masse bestimmt, in welchem der Versicherte aus gesundheitlichen Gründen an seinem angestammten Arbeitsplatz zumutbarerweise nicht mehr nutzbringend tätig sein kann. Nicht massgebend ist dagegen bloss die medizinisch-theoretische Schätzung der Arbeitsunfähigkeit (BGE 114 V 283 und ort zitierte Rechtsprechung; zum neuen KVG siehe Maurer, Bundessozialversicherungsrecht, 1993, S. 286; Eugster, a.a.O., S. 511 ff.; Agier, a.a.O., S. 577f.). Agier hält ausdrücklich fest, dass der Begriff der Arbeitsunfähigkeit auf dem ganzen Gebiet der Versicherung ähnlich ("semblable") sei (Agier, a.a.O., S. 577).

Gemäss dieser Begriffsdefinition bezieht sich der Begriff der Arbeitsunfähigkeit jeweils auf den angestammten Arbeitsplatz, d.h. vorliegend auf die Stelle des Möbelverkäufers bei der Firma Möbel T. AG. Bei kurzfristigen Arbeitsunfähigkeiten ist dies unbedenklich. Bei länger dauernden Arbeitsunfähigkeiten ist zusätzlich zu berücksichtigen, ob und wie der Versicherte anderweitig seine Restarbeitsfähigkeit verwerten könne. Das Bundesgericht formulierte dies

im schon zitierten BGE zu Art. 12bis KUVG folgendermassen: "Nach der Rechtsprechung ist der Grad der Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung des bisherigen Berufes festzusetzen, solange vom Versicherten vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, seine restliche Arbeitsfähigkeit in einem anderen Berufszweig zu verwerten. Der Versicherte, welcher seine restliche Arbeitsfähigkeit nicht verwertet, obgleich er hiezu unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage und gegebenenfalls einer bestimmten Anpassungszeit in der Lage wäre, ist nach der beruflichen Tätigkeit zu beurteilen, die er bei gutem Willen ausüben könnte; das Fehlen des guten Willens ist nur dort entschuldbar, wo es auf einer Krankheit beruht (BGE 114 V 283 und dort zitierte Rechtsprechung).

Nach Ablauf einer angemessenen Anpassungszeit hängt der Taggeldanspruch davon ab, ob und wie sich die Verwertung der Restarbeitsfähigkeit auf den krankheitsbedingten Erwerbsausfall im bisherigen Beruf und auf den damit zusammenhängenden Taggeldanspruch auswirkt (vgl. BGE 114 V 283 ff.; Eugster, a.a.O., S. 518 mit Hinweisen).

Grundsätzlich haben nicht die Kassen (bzw. die Versicherer) das Risiko der schwierigen Vermittelbarkeit zu tragen. Dazu besteht jedoch die wichtige Ausnahme, dass die Versicherer dem zur Schadenminderung verpflichteten Versicherten praxisgemäss eine gewisse Übergangsfrist zur Stellensuche und zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse einräumen müssen. In den bisher beurteilten Fällen hat das eidgenössische Versicherungsgericht eine Frist von drei bis fünf Monaten als angemessen betrachtet (BGE 114 V 290, mit Hinweisen; Eugster, a.a.O., S. 519). Auch im UVG darf dem Verunfallten zugemutet werden, Arbeit auch ausserhalb seines bisherigen Aufgabenbereichs zu verrichten (BGE 101 V 145; Maurer, Schweizerischen Unfallversicherungsrecht, 1985, S. 335).

Dieser so umschriebene Begriff der Arbeitsunfähigkeit, der sich wie erwähnt grundsätzlich auf die Krankentaggeldversicherung gemäss KUVG bzw. KVG bezieht, kann auch auf dieses vom VVG bestimmte Vertragsverhältnis angewandt werden:

Nachdem der Versicherte seine Stelle auf den 31. März 1994 verlor, stellte sich rein praktisch nicht mehr die Frage, ob er für die Stelle bei der T. AG geeignet sei. Vielmehr musste sich der Versicherte dannzumal schon fragen, wie er seine Restarbeitsfähigkeit verwertet. Dies ist nicht nur ein Ausfluss des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit. Vielmehr hat jeder Versicherte im Rahmen des Zumutbaren die Pflicht, den Schaden zu vermindern, sei dies nun im privaten Versicherungsvertragsrecht (Art. 61 VVG, Art. AVB) oder im Sozialversicherungsrecht, wo die Schadenminderungspflicht bei der Leistungsfestsetzung als zwingend zu beachtender Grundsatz gilt (BGE 117 V 400).

Der Arbeitgeber wollte wie erwähnt die Arbeitnehmer gegen den Verdienstausschlag bei Krankheit versichern, um damit gleichzeitig seiner Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall gerecht zu werden. Nach Treu und Glauben kann nicht angenommen werden, dass der Arbeitgeber die Risiken eines allenfalls schwer vermittlungsfähigen Arbeitslosen mit der Prämie aus seiner Krankentaggeldversicherung abdecken wollte. Dazu trägt der Arbeitgeber mit der Bezahlung des Arbeitgeberbeitrages an die Arbeitslosenversicherung bei. Seiner Pflicht als Arbeitgeber hätte er zudem (unter Vorbehalt einer genauen Schätzung im Einzelfall) mit einem einjährigen Krankentaggeld von 60% des Lohnes bei hälftiger Übernahme der Prämie ebenfalls erfüllt (vgl. BGE 96 II 136 f. E. c; weitere Judikatur bei Rehbinder, N 36 zu OR 324a und Schönenberger/Stähelin, N 64 zu OR 324a).

Da die Beklagte dem Kläger ein Taggeld vom 16.2.1994 bis am 22.1.1995 ausgerichtet hat, ist für die Folgezeit entsprechend der Anpassungsfrist von 3 bis 5 Monaten nicht einfach darauf abzustellen, ob dem Versicherten eine weitere Tätigkeit bei der T. AG aus gesundheitlichen Gründen zumutbar gewesen wäre oder nicht (Berufsunfähigkeit), vielmehr ist abzuklären, ob der Kläger seine Arbeitsfähigkeit anderweitig wirtschaftlich verwerten konnte (Erwerbsfähigkeit; nach den Begriffen der Beklagten wirtschaftlich-praktische Arbeitsfähigkeit).

Demnach ist nun festzustellen, ob der Versicherte im oben beschriebenen Sinne zwischen dem 22.1.1995 und dem 31. Dezember 1995 mindestens 50%, was ebenfalls noch den Anspruch auf Taggeld begründet, oder 75% arbeitsunfähig gewesen ist.

Der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit obliegt gemäss der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB dem Kläger. Er wird in der Regel durch Arztzeugnisse erbracht. Ein ordnungsgemäss ausgestelltes Arztzeugnis begründet eine natürliche Vermutung für seine Richtigkeit. Begründete Zweifel am Bestehen der Arbeitsunfähigkeit vermögen jedoch die Vermutung zu erschüttern (Eugster, a.a.O., S. 520). Keine Beweiskraft haben in der Regel Arztzeugnisse, die einzig auf Patientenschilderungen abstellen und keine eigenen objektiven Feststellungen des Arztes wiedergeben. Der Beweis ist auch nicht erbracht, wenn die ärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit erst nach längerer Zeit in retrospektiver Beurteilung erfolgt, sofern nicht Leiden oder Behandlungen in Frage stehen, die erfahrungsgemäss praktisch immer Arbeitsunfähigkeit begründen (Eugster, a.a.O., S. 521).

Zum ersten ist festzuhalten, dass der die Krankheit verursachende Sachverhalt widersprüchlich geschildert wird:

Dr. B. spricht von einem Sturz im Training, welcher die Rückenschmerzen ausgelöst habe und erklärt, es liege sehr wahrscheinlich ein Unfall vor, so auch die Unfallmeldung der Möbel T. AG), währenddem die Suva von einem harten Aufschlagen der Ferse nach einem Sprung spricht. Diese Version übernimmt auch Dr. W. am 10.5.95.

### Zeugnisse Dr. B.

Mit dem ersten Zeugnis vom 8.7.94 gibt Dr. B. die Diagnose an. Zur Arbeitsunfähigkeit erklärt er, seit dem 9.6.94 sei diese "höchstens 50%". Sie liege in der Arbeitsweise und nicht in der Arbeitszeit. Nach seiner heutigen Aussage war Dr. B. der Auffassung, die Arbeitsunfähigkeit sei damals unter 50% gewesen, was den Anteil Arbeitszeit angehe. Bezüglich der Arbeitsweise (d.h. wohl der Tätigkeiten, wie Heben von Lasten über 20 kg) sei die Arbeitsunfähigkeit bei höchstens 50% gewesen. Er erwähnt nicht, ob er diese Prozentzahl mit Bezug auf eine bestimmte Funktion oder medizinisch-theoretisch meint. Über die von ihm angestellten Untersuchungen wird nichts erwähnt.

Weitere Zeugnisse von Dr. B. (einfache Bestätigungen): Arztzeugnis vom 17.8.94: Arbeitsunfähigkeit 100% vom 16.2. bis 19.6.94 (unbestritten) Arztzeugnis vom 26.11.94 Arbeitsunfähigkeit 75% vom 19.6. bis "bis heute unklar" (steht aber im Widerspruch zum ersten Zeugnis vom 8.7.94, Arbeitsunfähigkeit höchstens 50%; ausbezahlt wurde bis 22.1.95)

An der heutigen Hauptverhandlung führte Dr. B. aus, dass der Patient ihn gedrängt habe, ihn zu 100 % arbeitsunfähig zu schreiben. Er habe ihm erklärt, dies könne er nicht tun. Er sei bezüglich Diagnose und Therapie unsicher gewesen und habe deshalb den orthopädischen Spezialisten, Dr. H. von der orthopädischen Poliklinik des I.-spitals B. zugezogen. Dem Gutachten H. wolle er nicht widersprechen, im Frühjahr/Sommer 95 sei es dem Patienten tatsächlich besser gegangen.

Zeugnis Dr. A., FMH für physikalische Medizin, Rehabilitation + Rheumaerkrankungen, vom 14.3.95 (konsiliarische Untersuchungen vom 23.1.95 und 8.2.95): Die Arbeitsfähigkeit für eine körperlich leichte Arbeit in Wechselbelastung sei zu 100% gegeben.

Gutachten Dr. J. J. W., FMH für Innere Medizin, spez. Rheumatologie, vom 10.5.1995:

AUF vom 16.2. bis 19.6.94 zu 100% sicher gerechtfertigt. Ab 20.6.94 für leichte Arbeiten zu 100% arbeitsfähig mit häufiger Wechselbelastung, d.h. mit häufigem Wechsel der Position (Sitzen, Stehen, Herumgehen) ohne Heben von schweren Lasten, ohne repetitives Heben von Lasten und ohne Arbeiten in unphysiologischer Stellung des Achsenorgans.

Die Beschwerden des Patienten seien glaubhaft und präzise geschildert, sie kontrastierten aber mit den objektiv zu erhebenden pathologischen Befunden.

Mit dieser Aussage und der Erhebung von Befunden erfüllt Dr. W. die Anforderung an Arztzeugnisse, sich nicht ausschliesslich auf die Angaben des Patienten zu stützen. Der Vorwurf, das Zeugnis sei retrospektiv ausgefüllt, stimmt nur sehr bedingt: Einerseits stützt sich Dr. W. auf Röntgenaufnahmen vom 4.3.94 und einem CT der LWS vom 22.3.94 sowie einem MRI vom 26.9.94. Zum andern fällt die Untersuchung und die Niederschrift des Gutachtens (27.4.

und 10.5.95) noch in die erste Hälfte der umstrittenen Zeitperiode. Dr. W. hat eine eingehende Untersuchung des Patienten vorgenommen, mit detaillierter Anamnese, Aufnahme der Befunde und Beurteilung. Anzeichen von Voreingenommenheit sind keine zu erkennen.

Das überzeugende Gutachten W. gewinnt noch an Beweiskraft dadurch, dass es durch das Zeugnis von Dr. P. H. vom 8.2.96, Oberarzt Orthopädische Poliklinik des I.-spitals B., erhärtet wird, der sich auf die Röntgenabklärung, inkl. MR stützt: alterentsprechende Befunde ohne fortgeschrittene Degenerationszeichen. In der Formulierung geht Dr. H. sogar etwas weiter:

"praktisch für alle Tätigkeiten 100% arbeitsfähig, einschränkend sind schwerste körperliche Arbeiten (Bauarbeiter)". Herr P. gehe als Karatesportler von einer körperlichen Form von 200 % aus, sei aber objektiv gesehen immer noch in Topform. Dr. H. wurde vom Hausarzt Dr. B. um seine Meinung gebeten und hat sich nun abweichend von diesem geäußert, was seinem Zeugnis Glaubwürdigkeit verleiht.

Zu beachten ist schliesslich - nach der medizinisch-theoretischen Beurteilung - die wirtschaftlich-praktische Arbeitsunfähigkeit. Bezieht man diese lediglich auf die innegehabte Stellung (Berufsunfähigkeit), so hat dazu die Möbel T. AG angegeben, das prozentuale Abschätzen sei schwierig, es seien 1-4% rein körperliche Arbeit zu verrichten gewesen. Dazu seien aber Hilfsmittel zur Verfügung gestanden. Auch wenn sich die Möbel T. AG etwas überschätzt haben sollte, wird ein Anteil von über 50% für körperliche Arbeit bei weitem nicht erreicht. Es wäre aber eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50% für die Ausrichtung eines Taggeldes nötig gewesen.

Daraus ist zu schliessen, dass der Kläger auch für andere Stellen, in denen er gar nichts hätte heben müssen, längstens seit dem 22.1.95 100% erwerbsfähig gewesen ist.

Zusammenfassend ist aufgrund der überzeugenden Gutachten W., A. und H. festzustellen, dass dem Kläger der Beweis für eine Arbeitsunfähigkeit im erwähnten Umfang in der Zeit vom 23.1. - 31.12.1995 misslungen ist. Die Klage muss deshalb unter Kosten- und Entschädigungsfolge abgewiesen werden. Die Urteilsgebühr für das obergerichtliche Verfahren ist auf Fr. 5'200.-- und die Parteientschädigung für beide Instanzen auf total Fr. 6'000.-- (inkl. MWSt und Auslagen) festzusetzen.

Demnach wird

erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat der Beklagten für das Verfahren vor beiden Instanzen eine Parteientschädigung von total Fr. 6'000.-- zu bezahlen.
3. Der Kläger hat die Gerichtskosten des Verfahrens vor beiden Instanzen zu bezahlen; sie betragen: a) für das erstinstanzliche Verfahren total Fr. 3'830.-b) für das obergerichtliche Verfahren mit einer Urteilsgebühr von Fr. 5'200.--, total Fr. 5'500.--.

Rechtsmittel: Berufung an das Bundesgericht innert 30 Tagen (Art. 43 ff OG)