



**DAS OBERGERICHT
DES
KANTONS THURGAU**

in der Besetzung

Obergerichtspräsident Thomas Zweidler,
Oberrichter François H. Reinhard, Peter Hausammann und
Obergerichtssekretär Dr. Thomas Soliva

hat in der

Sitzung vom 18. Januar 2007

in Sachen

X. **Versicherungen**, Kollektive Personenversicherung, in J.

- Berufungsklägerin -

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Guy Reich,

gegen

A.

- Berufungsbeklagter -

vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. August W. Stolz,

betreffend

Forderung aus Versicherungsvertrag

- Urteil § K 25 der Bezirksgerichtlichen Kommission Steckborn
vom 4./17. Mai 2006 -

gefunden:

Die Berufung ist unbegründet, und

erkannt:

1. Die Klage wird geschützt, und die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten Fr. 15'121.00 zuzüglich 5% Zins seit 31. August 2004 zu bezahlen.
2. a) Der erstinstanzliche Kostenspruch wird bestätigt.

b) Die Berufungsklägerin bezahlt für das Berufungsverfahren eine Verfahrensgebühr von Fr. 3'000.00, und sie hat den Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'075.80 zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer zu entschädigen.
3. Mitteilung an die Parteien.

Ergebnisse:

1. a) A. arbeitete bei der N. . Am 6. September 2000 fiel ihm aus einer Höhe von rund zwei Metern ein acht Kilogramm schweres Paket auf den Hinterkopf und die Nackenregion. Der Unfall führte zur Arbeitsunfähigkeit unterschiedlichen Grades. Am 17. Oktober 2001 erfolgte die Anmeldung bei der IV. Die X. Versicherungen, die als Krankentaggeldversicherung der N. bisher Taggeldleistungen erbracht hatte, teilte A. mit Schreiben vom 1. Dezember 2003 mit, er sei im Rahmen einer zumutbaren Tätigkeit erwerbsfähig. Für Personen, die wie er zu mehr als 50% arbeitsfähig seien, sei die Arbeitslosenversicherung zuständig. Als Übergangslösung würden noch bis 31. Januar 2004 Taggelder ausgerichtet.

Mit Schreiben vom 22. Januar 2005 wandte sich die Helsana-advocare als Vertreterin von A. an die X. Versicherungen und machte gestützt auf eine von Dr. E. auf den Unfallscheinen der SUVA und der Kranken- und Unfallkarte der X. Versicherungen bescheinigte 100%ige Arbeitsunfähigkeit des Verunfallten weiterhin Anspruch auf die vollen Taggelder geltend. Die X.

Versicherungen hielten mit Schreiben vom 9. Juli 2004 dagegen, gemäss der Bestätigung von Dr. F. könne A. eine 50%ige Tätigkeit zugemutet werden. Sie werde daher ihre Taggeldleistungen bis zur Erschöpfung der maximalen Leistungsdauer aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit von 50% abrechnen. Am 18. Januar 2005 ersuchte A. die X. Versicherungen, für den Zeitraum vom 1. Februar bis 31. August 2004 ein volles Taggeld zuzusprechen und den Differenzbetrag nachzuzahlen.

b) Mit Weisung vom 13. Oktober 2005 erhob A. gegen die X. Versicherungen Klage auf Bezahlung von Fr. 15'121.00 zuzüglich Zins seit 31. August 2004. Die Bezirksgerichtliche Kommission Steckborn schützte die Klage mit Urteil vom 4. Mai 2006 mit einem Zins von 5% seit 31. August 2004.

2. a) Die X. Versicherungen erhob Berufung und beantragte die Abweisung der Klage. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe bei ihrer Entscheidung nicht berücksichtigt, dass bei sich widersprechenden Arztberichten oder Gutachten gestützt auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen über die Leistungspflicht der Berufungsklägerin nichts gesagt sei. Es lägen zwei Gutachten vor, welche die Arbeitsfähigkeit des Berufungsbeklagten bestätigen würden. Die hausärztlichen Berichte beruhten in erster Linie auf subjektiven Angaben des Berufungsbeklagten und schlossen eine Arbeitsfähigkeit jedenfalls nicht aus. Liege ein ärztliches Gutachten vor, könne nicht auf Berichte von Hausärzten abgestellt werden¹.

b) A. beantragte die Abweisung der Berufung. Zur Begründung machte er geltend, gemäss den Versicherungsbedingungen genüge ein ärztlicher Bericht. Die von der Berufungsklägerin beauftragte Gutachterin sei nicht über alle Zweifel erhaben. Mehrere Ärzte hätten die Arbeitsunfähigkeit des Berufungsbeklagten bestätigt. Damit seien die von der Versicherung gestellten Bedingungen, welche die Leistungspflicht begründeten, erfüllt².

¹ Protokoll der Berufungsverhandlung, S. 1 f.

² Protokoll der Berufungsverhandlung, S. 2 ff.

Erwägungen:

1. a) Strittig ist die Höhe des Anspruchs des Berufungsbeklagten auf Zahlung von Krankentaggeldern für den Zeitraum 1. Februar bis 31. August 2004. Die Berufungsklägerin bezahlte für diesen Zeitraum auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit des Berufungsbeklagten von 50% Taggelder von Fr. 15'121.00. Der Berufungsbeklagte machte eine Arbeitsunfähigkeit von 100% und dementsprechend einen weiteren Taggeldanspruch von Fr. 15'121.00 geltend.

b) Die Vorinstanz schützte die Klage gestützt auf die Bestimmungen im Versicherungsvertrag und die Bescheinigung einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit durch Dr. E. , dessen Nachfolger Dr. G. , beides Allgemeinpraktiker, und durch den Neurologen Dr. F. . Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin sei nicht auf das Gutachten des Ärztlichen Begutachtungsinstituts GmbH (ABI) abzustellen. Vielmehr müsse sich die Berufungsklägerin bei den von ihr selbst aufgestellten Regeln behaften lassen, zumal sie nicht behauptete, die ausserhalb des Gutachtens der ABI abgegebenen ärztlichen Einschätzungen seien in einer Art und Weise falsch, dass sie nicht als ärztliche Beurteilungen im Sinn der Vertragsbedingungen gewertet werden könnten. Selbst wenn entsprechende Behauptungen aufgestellt worden wären, könnte nicht auf das Gutachten der ABI abgestellt werden. Vielmehr wäre ein entsprechendes Beweisverfahren durchzuführen. Das sei aber nicht nötig, da keine entsprechenden Einwände erhoben worden seien³.

2. a) Mit Eingabe vom 12. Januar 2007 hatte die Berufungsklägerin beantragt, das Obergericht habe die Frage der sachlichen Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen. In den Kantonen Zürich und Aargau seien für solche Streitigkeiten nicht die Zivil-, sondern die Verwaltungsgerichte zuständig.

Der Berufungsbeklagte hielt dafür, die sachliche Zuständigkeit sei in jedem Fall aufgrund der Einlassung der Berufungsklägerin auf das Verfahren begründet worden. Die Berufungsklägerin habe vor Vorinstanz die Einrede der Unzuständigkeit nicht erhoben. Bei Streitigkeiten betreffend Taggeldversicherungen nach VVG seien nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die zivilen Gerichte zuständig⁴.

³ Angefochtener Entscheid, S. 7 f.

⁴ Protokoll der Berufungsverhandlung, S. 3 f.

b) "Einlassen" kann sich eine Partei entgegen der Auffassung des Berufungsbeklagten nur auf eine vor einem örtlich unzuständigen Gericht erhobene Klage. Die Einlassung steht regelmässig im Zusammenhang mit Fragen der örtlichen Zuständigkeit, was sich schon aus dem Wortlaut von § 121 Abs. 2 ZPO sowie Art. 10 i.V.m. Art. 1 GestG ergibt. Bezüglich der sachlichen Zuständigkeit ist - von Ausnahmen abgesehen - weder eine Prorogation noch eine Einlassung möglich⁵. Abgesehen davon stellt die sachliche Unzuständigkeit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts einen schwerwiegenden Mangel und damit grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund dar⁶, beziehungsweise der von einem unzuständigen Gericht gefällte Entscheid ist zumindest anfechtbar⁷. Hier geht es im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit ohnehin nicht um die Abgrenzung der Zuständigkeit der Gerichte in Zivilsachen, sondern um die Abgrenzung zwischen einer zivilrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen (verwaltungsrechtlichen) Streitigkeit. Zu prüfen ist mithin, ob das Zivil- oder das Verwaltungsgericht über diese Streitigkeit zu urteilen hat.

c) Der Versicherungsvertrag, aus welchem der Berufungsbeklagte Ansprüche ableitet, liegt mit Ausnahme der Seiten 5 und 6 der Allgemeinen Bedingungen⁸ nicht im Recht. Vermutlich handelt es sich um einen zwischen der Berufungsklägerin und der N. , der früheren Arbeitgeberin des Berufungsbeklagten, abgeschlossenen Kollektivversicherungsvertrag. Aufgrund der klaren Ausführungen beider Parteien ist ferner davon auszugehen, dass es sich um eine Taggeldversicherung nach VVG handelt: Die Berufungsklägerin wies in ihrem Schreiben vom 12. Januar 2007 ausdrücklich auf ein Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich betreffend eine Streitigkeit über "Krankentaggelder nach VVG" hin, und auch der Berufungsbeklagte bezog sich in seinen Ausführungen zur Zuständigkeit auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2002⁹, in dem es um eine Taggeldversicherung nach VVG ging¹⁰.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau stellte fest, bei der Taggeldversicherung nach VVG handle es sich nicht um eine Zusatzversicherung (zum KVG) oder eine Sozialversicherung, sondern um ein rein privatrechtliches Rechtsverhältnis. Zuständig für die Beurteilung von Streitigkeiten aus Taggeldversicherungen nach VVG

⁵ Vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., S. 109 Anm. 12

⁶ BGE 129 I 394

⁷ Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 43 N 1b

⁸ Act. 5/12 und act. 9/1

⁹ Vgl. TVR 2002 Nr. 42

¹⁰ Protokoll der Berufungsverhandlung, S. 4

seien daher die Zivilgerichte¹¹. Mit diesen schlüssigen Erwägungen setzte sich die Berufungsklägerin überhaupt nicht auseinander. Sie brachte insbesondere nichts vor, was die Annahme bestärken könnte, bei der von den Parteien abgeschlossenen Taggeldversicherung handle es sich um eine Zusatzversicherung im Sinn von Art. 12 Abs. 2 KVG, was in Anwendung von Art. 85 Abs. 2 VAG¹² zur Zuständigkeit des Versicherungs- und damit des Verwaltungsgerichts¹³ führen würde. Gestützt auf Art. 85 Abs. 1 VAG sind somit zur Beurteilung dieser Streitigkeit die Zivilgerichte zuständig¹⁴.

d) Die örtliche Zuständigkeit stützt sich auf Art. 22 GestG¹⁵. Im Übrigen wurde die örtliche Zuständigkeit auch durch Einlassung der Berufungsklägerin begründet, was mit Bezug auf den Versicherer in Anwendung von Art. 21 Abs. 1 GestG (e contrario) zulässig ist.

3. a) Zwar fehlt in den Akten sowohl der seinerzeitige Arbeitsvertrag des Berufungsbeklagten mit der N. als auch der Vertrag über die Taggeldversicherung. Dem ist aber insofern keine Bedeutung zuzumessen, als die Parteien sich übereinstimmend auf die im Recht liegenden Bestimmungen der Allgemeinen Versicherungsbedingungen vom 17. Dezember 2001 berufen. Die Anspruchsgrundlage ist mithin nicht strittig. Uneinig sind sich die Parteien hingegen über die Bedeutung und Auslegung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen. Gemäss deren Ziff. 86 liegt eine Arbeitsunfähigkeit vor, wenn die versicherte Person infolge einer versicherten Krankheit ganz oder teilweise ausser Stande ist, ihren derzeitigen Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben. Laut Ziff. 91 bezahlt die Berufungsklägerin bei voller Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Wartefrist 80% des versicherten Lohns, wenn die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe des Taggelds nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit; weniger als 25% ergeben keinen Anspruch. Weil die Allgemeinen Vertragsbedingungen nur auszugsweise eingereicht wurden, sind die versicherten Krankheiten nicht bekannt. Nicht versichert sind hingegen laut Ziff. 82 die wirtschaftlichen Folgen von Krankheiten, die bei Arbeitsvertragsbeginn bestehen, Berufskrankheiten und un-

¹¹ TVR 2002 Nr. 42; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 20. September/25. Oktober 2006, VV 205, S. 5 ff.

¹² Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz); SR 961.01

¹³ Vgl. § 69a Abs. 1 Ziff. 2 VRG

¹⁴ Vgl. auch Husmann/Häberli, Die Fallstricke des Krankentaggelds, in: Plädoyer 2002/4 S. 42 mit Hinweisen; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6.A., Art. 324a/b OR N 13 S. 287

¹⁵ Vgl. Gross, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Müller/Wirth), Art. 22 N 170 ff.

fallähnliche Körperschädigungen, die nach UVG versichert sind, sowie Krankheiten infolge kriegerischer Vorfälle oder Einwirkung ionisierender Strahlen. Ist die Krankheit nur teilweise Ursache der Arbeitsunfähigkeit, bezahlt die Berufungsklägerin gemäss Ziff. 84 nur den entsprechenden Teil der Leistungen. Als Arzt gilt laut Ziff. 87 schliesslich jeder zur Berufsausübung zugelassene Arzt mit einem eidgenössischen oder einem gleichwertigen Diplom.

b) aa) Nicht zu teilen ist die Auffassung der Vorinstanz, die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch einen diplomierten Arzt genüge in jedem Fall, um den Anspruch auf Versicherungsleistungen zu begründen. Ein Arztzeugnis unterliegt, wie jedes Beweismittel, einer Würdigung¹⁶. Es ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck von Ziff. 91 der Allgemeinen Bedingungen, dass die Berufungsklägerin immer Taggeldleistungen erbringen muss, wenn ein die Arbeitsunfähigkeit bestätigendes ärztliches Zeugnis vorliegt, selbst wenn sie eine gegenteilige Auffassung hat. Das ergibt sich schon daraus, dass es in der Praxis nicht selten vorkommen wird, dass mit Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit oder das Ausmass derselben sich widersprechende Arztzeugnisse vorliegen. Letztlich hält Ziff. 91 der Allgemeinen Vertragsbedingungen als "Grundsatz" lediglich fest, dass die Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt im Sinn von Ziff. 87 der Allgemeinen Vertragsbedingungen und nicht durch eine andere Person oder Instanz festzustellen ist.

bb) Abgesehen davon darf die eigentliche Anspruchsgrundlage nicht aus den Augen verloren werden. Es geht um die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers, mithin um den wichtigsten Ausnahmefall vom Grundsatz "kein Lohn ohne Arbeit"¹⁷. Diese Verpflichtung erfüllte die N. über einen Kollektivversicherungsvertrag mit der Berufungsklägerin. Unabhängig davon ist eigentliche Anspruchsgrundlage aber die unverschuldete Arbeitsverhinderung - hier die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit - des Berufungsbeklagten.

Für das Vorliegen eines Verhinderungsgrunds ist gemäss Art. 8 ZGB der Arbeitnehmer beweispflichtig. Grundsätzlich muss der Berufungsbeklagte somit die Krankheit beweisen. Dabei geht es um den Beweis, dass die Krankheit ihm die Erfüllung der Arbeitspflicht unzumutbar macht. Dabei ist er nicht an bestimmte Beweismittel gebunden. Viele Arbeitsverträge verlangen ärztliche Zeugnisse ab dem zweiten, dritten

¹⁶ Vgl. RBOG 2004 Nr. 12 S. 106, 1999 Nr. 27, 1985 Nr. 35

¹⁷ Reh binder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15.A., N 188

oder vierten Tag der Krankheit. Unterschiedliche Auffassungen werden zur Frage vertreten, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, ab dem ersten Tag der Arbeitsverhinderung ein Arztzeugnis zu verlangen, wenn dies im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Rechtsgrundlage wäre diesfalls die Treuepflicht des Arbeitnehmers. In jedem Fall kann die Arbeitgeberin die Aussagekraft eines ärztlichen Zeugnisses mit anderen Beweismitteln anfechten. Umgekehrt hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, den Beweis für seine Arbeitsunfähigkeit mit anderen Mitteln zu erbringen. Ein Arztzeugnis ist allerdings mehr als eine Parteibehauptung. Der Arzt macht sich denn auch gemäss Art. 318 StGB strafbar, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig ein unwahres Zeugnis ausstellt¹⁸. Das Gericht stellt in vielen Fällen auch auf solche Zeugnisse ab, solange nicht begründete Zweifel an deren Richtigkeit geweckt werden. Allerdings unterliegt das Arztzeugnis - wie jedes Beweismittel - der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäss § 187 ZPO¹⁹. Besteht ein berechtigter Grund, dem Zeugnis zu misstrauen, darf die Arbeitgeberin vom Arbeitnehmer verlangen, sich einem von ihr bezeichneten und bezahlten Vertrauensarzt untersuchen zu lassen²⁰. Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob eine solche Obliegenheit des Arbeitnehmers vertraglich vereinbart sein müsse²¹. Selbst wenn dies der Fall wäre, dürfte eine allfällige Weigerung, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, im Rahmen der Beweiswürdigung zu Lasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein. Zum Teil wird verlangt, dass die Forderung nach einer vertrauensärztlichen Untersuchung unverzüglich gestellt wird. Zum Teil wird erwogen, der Beweiswert der vertrauensärztlichen Untersuchung sinke, wenn sie zu spät erfolge²². Diese Grundsätze gelten analog oder aufgrund eines Verweises auf das OR auch, wenn der Berufungskläger bei der N. allenfalls in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis stand. Die Parteien behaupteten das Bestehen einer anderen Regelung denn auch nicht.

cc) Der in Ziff. 91 der Versicherungsbedingungen umschriebene Grundsatz, wonach die Berufungsklägerin bei voller Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Wartefrist 80% des versicherten Lohns zu bezahlen hat, wenn die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist, bedeutet somit nicht, dass ohne weiteres auf eingereichte Arztzeugnisse abzustellen ist oder die Berufungsklägerin solche Beschei-

¹⁸ Vgl. RStrS 1979 Nr. 701

¹⁹ RBOG 2004 Nr. 12 S. 106, 1985 Nr. 35; vgl. RBOG 1999 Nr. 27; vgl. Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in: AJP 2003 S. 333

²⁰ Streiff/von Kaenel, Art. 324a/b OR N 12; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3.A., S. 127 f.; Rehbindler/Portmann, Basler Kommentar, Art. 324a OR N 3

²¹ BGE 125 III 76

²² Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3.A., Art. 324a OR N 3; Streiff/von Kaenel, Art. 324a/b OR N 12 S. 285

nigungen nicht bestreiten darf. Wäre dem so, würde Ziff. 91 eine (unzulässige) Beweismittelbeschränkung enthalten. Es würde auch bedeuten, dass ein Arztzeugnis - selbst wenn es ein blosses Gefälligkeitszeugnis wäre - ohne inhaltliche Würdigung Taggeldansprüche auslösen könnte. Ziff. 91 i.V.m. Ziff. 86 der Allgemeinen Vertragsbedingungen besagt somit lediglich, dass es für die (verbindliche) Feststellung der Arbeitsunfähigkeit einer ärztlichen Beurteilung bedarf. Das bedeutet aber nicht, dass es ausreicht, wenn ein Arzt - beispielsweise der Hausarzt - eine solche Feststellung trifft. Die Regelung ist vorab vor dem Hintergrund zu sehen, dass mit Bezug auf die Frage, ob der Arbeitnehmer ohne ausdrückliche vertragliche Grundlage verpflichtet ist, ein ärztliches Zeugnis einzureichen, keine Einstimmigkeit herrscht.

dd) Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Berufungsklägerin auch gestützt auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen berechtigt war und ist, die durch ärztliche Zeugnisse attestierte Arbeitsunfähigkeit des Berufungsbeklagten anzuzweifeln.

4. a) Der Beweis für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit und die Kausalität zwischen der Arbeitsverhinderung und der Krankheit²³ wird in der Regel mit einem Arztzeugnis erbracht. Ob diesem Glauben geschenkt werden kann oder nicht, ist eine Frage der Beweiswürdigung²⁴. Bei der Beweiswürdigung soll sich der Richter durch seine Lebenserfahrung, die Grundsätze der allgemeinen Erfahrung und die Logik leiten lassen. Der Richter kommt zur subjektiven Überzeugung, dass der Beweis für eine Tatsache erbracht oder gescheitert ist. Diese subjektive Überzeugung hat er anhand objektiver Kriterien zu bilden und die Beweise aufgrund von Denk- und Naturgesetzen sowie Erfahrungswissen zu werten und zu gewichten. Dabei darf er Zweifel nicht unterdrücken. Auch Indizien und das Auftreten der Parteien im Prozess können in die Beweiswürdigung einbezogen werden²⁵. Bei der Würdigung von Berichten eines Hausarztes darf und soll der Erfahrungstatsache Rechnung getragen werden, dass Hausärzte mitunter in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen²⁶. Dies bedeutet allerdings nicht, dass solchen Berichten in jedem Fall misstraut werden darf. Gegebenenfalls sind Widersprüche in diesen Berichten durch Befragung des Arztes zu klären²⁷.

²³ Vgl. Staehelin, Zürcher Kommentar, Art. 324a OR N 9

²⁴ Vgl. Geiser, Kündigungsschutz bei Krankheit, in: AJP 1996 S. 557

²⁵ RBOG 1999 Nr. 15; Merz, § 187 ZPO N 2b

²⁶ BGE 125 V 353; BJM 1989 S. 31

²⁷ BGE vom 21. Dezember 2005, 4P.254/2005, in: Anwaltsrevue 2006 S. 250

b) aa) Der Berufungskläger war nach dem Unfall vom 6. September 2000 bis 31. Januar 2004 bei Dr. E. _____ und dessen Nachfolger, Dr. G. _____, in ärztlicher Behandlung. Dr. E. _____ attestierte letztmals am 22. Dezember 2003 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Das Attest erfolgte auf der eigens für solche Bescheinigungen im Zusammenhang mit der Ausrichtung von Taggeldleistungen vorgesehenen Kranken- und Unfallkarte der Berufungsklägerin²⁸. Am 23. Juni 2004 beantwortete Dr. G. _____ dem Vertrauensarzt der Berufungsklägerin, Dr. H. _____, die Fragen der Berufungsklägerin betreffend Diagnose, objektive und subjektive Beschwerden und die Gründe, weshalb nach wie vor eine volle Arbeitsunfähigkeit bestehe. Laut diesem Bericht hätten sich die Kopfschmerzen gemäss Angaben des Patienten nach einem 50%igen Arbeitsversuch im November 2000 massiv verstärkt und seien danach auch bei wechselnder Tätigkeit am Arbeitsplatz anhaltend heftig geblieben. Sie hätten sich nicht vermindert. Den Befunden und dem Gesamteindruck biopsychosozialer und migrationsspezifischer Aspekte entsprechend sowie unter Berücksichtigung der vom Patienten angegebenen Beschwerden habe die vorbestehende Arbeitsunfähigkeit bis dato weitergeführt werden müssen²⁹. Der Neurologe Dr. F. _____ bejahte auf einem Formular der Berufungsklägerin am 3. Juli 2004 ebenfalls eine Arbeitsunfähigkeit seit 1. November 2002 (Beginn der Behandlung) bis auf weiteres. Ferner hielt er unter dem Titel "Bemerkungen" fest, längerfristig sei dem Berufungsbeklagten eine 50%ige Tätigkeit zumutbar³⁰. Am 28. September 2005 bestätigte Dr. F. _____ erneut eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit seit Beginn der Behandlung für voraussichtlich unbestimmte Zeit³¹.

Diese ärztlichen Zeugnisse bestätigen eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit des Berufungsbeklagten für den Zeitraum, für den dieser Taggeldleistungen nachfordert. Sie bestätigen zudem nicht lediglich die Arbeitsunfähigkeit. Vielmehr beantworteten sowohl der Hausarzt als auch der Neurologe konkrete Fragen der Berufungsklägerin und begründeten die Arbeitsunfähigkeit.

bb) Die Berufungsklägerin hegte bereits im Januar 2003 Zweifel hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit und mit Bezug auf deren Ausmass. Sie ersuchte am 27. Januar 2003 Dr. E. _____ um Beantwortung konkreter Fragen. Dabei ging es um die Diagnose, objektive Befunde, subjektive Beschwerden und die Arbeitsunfähig-

²⁸ Act. 5/3

²⁹ Act. 9/3

³⁰ Act. 9/2

³¹ Act. 5/4

keit³². Gemäss einer Aktennotiz äusserte sich der Hausarzt gegenüber der Sachbearbeiterin O. am 13. Februar 2003 telefonisch zur Anfrage. Er führte aus, der Berufungsbeklagte könne nicht arbeiten, weshalb die Arbeitsunfähigkeit bestätigt worden sei. Seitens der IV sei bereits eine eingehende Begutachtung erfolgt. Das Problem dürfte sich in erster Linie im psychischen Bereich bewegen. O. hielt ferner fest, es sei vereinbart, dass auf den ausführlichen Bericht verzichtet werde und stattdessen die IV-Akten einverlangt würden³³. Das IV-Gutachten, welches das ABI³⁴ erstattete, datiert offenbar vom 6. Januar 2003. Allerdings liegt lediglich die letzte Seite 15 im Recht. Dort wird zusammenfassend festgehalten, beim Berufungsbeklagten bestehe seit 26. März 2001 in der angestammten Tätigkeit im Paketumladedienst eine bleibende, volle Arbeitsunfähigkeit. N.-intern adaptierte "Verweistätigkeiten", wie konkret zugewiesen, seien dem Berufungskläger "ab jenem Datum bis zum 28. Oktober 2002 zu 50% und ab dem 28. Oktober 2002 zu mindestens 70% zumutbar". Ab dem 28. Oktober 2002 seien auch noch "besser adaptierte Verweistätigkeiten als die N.-intern zugewiesenen zu mindestens 80% zumutbar". Weder von medizinischen noch von beruflichen Massnahmen sei eine Veränderung der Situation zu erwarten. Die Prognose sei ungünstig³⁵. Am 1. Dezember 2003 teilte die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten mit, die Abklärungen bei der IV hätten ergeben, dass er für eine andere zumutbare Tätigkeit erwerbsfähig sei. Bis 28. Oktober 2002 würden ihm von der IV aufgrund eines Invaliditätsgrades von 34% Leistungen ausgerichtet. Die Arbeitslosenversicherung sei für Personen, die mehr als 50% arbeitsfähig seien, zuständig. Bis 31. Januar 2004 würden noch Taggelder im Sinn einer Übergangslösung ausgerichtet³⁶. Gegen diese Verfügung wehrte sich der Berufungsbeklagte. In der Folge holte die Berufungsklägerin die bereits erwähnten Berichte beim Neurologen Dr. F. und beim behandelnden Hausarzt Dr. G. ein. Ferner ersuchte sie offenbar auch den früheren Hausarzt Dr. E. um eine Stellungnahme, insbesondere zum Unterschied zwischen dem IV-Gutachten und der hausärztlichen Beurteilung. Dr. E. hielt am 8. Mai 2004 fest, ursprünglich habe es sich um einen SUVA-versicherten Unfall gehandelt. Das schwere Paket, das auf den Kopf des Berufungsbeklagten gefallen sei, habe vermutlich eine Commotio ausgelöst und sei zudem als Distorsionstrauma der Halswirbelsäule anzusehen gewesen. Der Patient habe immer über Kopfschmerzen geklagt, die ihm eine Arbeit verunmöglicht hätten. Auch Arbeitsversuche unter vollständiger Leitung bei der N. seien fehlgeschlagen. Es habe sich zunehmend eine psychische Komponente ent-

³² Act. 11a

³³ Act. 11b

³⁴ Ärztliches Begutachtungsinstitut GmbH, Basel

³⁵ Act. 5/6

³⁶ Act. 5/7

wickelt; "somatoforme Schmerzstörung" vor dem Hintergrund einer Migrationsproblematik: Der an sich gut ausgebildete intelligente Mann habe in der Schweiz keine entsprechende Arbeit gefunden. Er (Dr. E.) habe diverse Berufe mit ihm besprochen und angeregt: Reisebüroleiter, diplomatischer Dienst, Übersetzungsarbeiten - ohne Erfolg. Der Patient habe sich wegen der Kopfschmerzen arbeitsunfähig gefühlt. Objektive Befunde hätten keine erhoben werden können. Subjektiv seien therapieresistente Kopfschmerzen zu verzeichnen. Die hausärztlich bestätigte Arbeitsunfähigkeit sei eine Gesamtbeurteilung unter Einbezug migrationspezifischer und psychosozialer Faktoren und habe weitgehend auf den subjektiv angegebenen Beschwerden des Patienten beruht³⁷.

cc) Die Würdigung der ärztlichen Zeugnisse unter Berücksichtigung des zeitlichen Ablaufs zeigt die - nicht unbekannte - Problematik, dass für die zu beurteilende Zeit kaum mehr objektive Befunde belegt sind. Es bleibt im Wesentlichen die Schmerzverstärkung bei Lateralflexion der Halswirbelsäule nach links gemäss dem Bericht von Dr. G.³⁸. Allerdings bestätigten drei Ärzte subjektive Beschwerden des Berufungsbeklagten und attestierten insbesondere Kopfschmerzen. Am anschaulichsten tat dies Dr. G. : Der Patient klagt über dauernde, vom Nacken aufsteigende occipitale (gelegentlich messerstichartige, gelegentlich "wie wenn Luftblasen im Hinterkopf explodieren würden"), teils parietatofrontale Kopfschmerzen, die häufig morgens am stärksten seien³⁹. Ebenso bestätigen die Ärzte psychische oder psychosoziale Beschwerden und Depressionen. Sie halten den Berufungsbeklagten (mit Bezug auf den fraglichen Zeitraum) für voll arbeitsunfähig.

Unter diesen Umständen genügt es nicht, wenn die Berufungsklägerin lediglich auf eine zusammenfassende Beurteilung des Gutachtens des ABI hinweist. Sie müsste zumindest konkret und substantiiert die im Recht liegenden, begründeten ärztlichen Atteste in Zweifel ziehen. Sie reichte aber nicht einmal das vollständige Gutachten des ABI ein. Ebenso wenig liegt das neue Gutachten des ABI vom 30. Juni 2006 im Recht. Eine Auseinandersetzung mit den Schlussfolgerungen des ABI ist somit schlicht nicht möglich. Es ist auch völlig offen, ob und gegebenenfalls in welcher Art und Weise sich das ABI zu den Beurteilungen der Hausärzte und des Neurologen äusserte. Nicht eingereicht wurden auch Berichte der neurologische und psychiatrische Untersuchungen vom 28. Oktober 2002, die dem ABI bei seinem ersten Gutachten offenbar zur Verfügung

³⁷ Act. 9/4

³⁸ Act. 9/3

³⁹ Act. 9/3

standen⁴⁰. Abgesehen davon kommt Privatexperten, und um solche handelt es sich bei den Gutachten des ABI, nicht der Charakter eines Beweismittels, sondern nur die Bedeutung einer Parteibehauptung zu⁴¹. Zwar sind auch Privatgutachten nicht zum Voraus unbeachtlich, sondern vom Richter frei zu würdigen, und das Urteil lässt sich darauf stützen, wenn der Richter von ihrem inneren Gehalt überzeugt ist⁴². Gerade vom inneren Gehalt der Feststellungen des ABI kann sich das Obergericht aber mangels vollständiger Einreichung der Berichte nicht überzeugen.

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Aufgabe des ärztlichen Gutachtens in einem IV-Verfahren wohl nicht derjenigen des Arztes entspricht, der zu Händen der Arbeitgeberin die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu attestieren hat. Dieser prüft die Arbeitsunfähigkeit für die konkrete, vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung. Im IV-Verfahren geht es indessen vorab um die generelle Arbeitsfähigkeit beziehungsweise -unfähigkeit, die unter Einbezug weiterer IV-spezifischer Massnahmen abzuklären ist.

dd) Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin⁴³ ist daher auf die ärztlichen Berichte abzustellen. Daran ändert nichts, dass sie auf den subjektiven Angaben des Berufungsbeklagten beruhen. Es ist weder durch die Feststellungen des ABI noch durch andere Beweismittel schlüssig dargetan, dass diese subjektiven Angaben und die daraus gezogenen Schlüsse in den ärztlichen Berichten falsch sind. Jedenfalls ist seitens der Berufungsklägerin eine Kausalität zwischen dem Unfall und den danach eingetretenen physischen und psychischen Beschwerden des Berufungsbeklagten, die für den massgeblichen Zeitraum zu einer vollen Arbeitsunfähigkeit führten, nicht ernsthaft in Frage gestellt. Daran ändern auch die Feststellungen der IV-Stelle des Kantons Thurgau vom 29. September 2006 nichts. Dort wird lediglich in pauschaler Art festgestellt, dass (neue) Gutachten des ABI werde vom regionalärztlichen Dienst als umfassend und schlüssig beurteilt. Eine Auseinandersetzung mit den abweichenden Beurteilungen in den ärztlichen Berichten erfolgte hingegen (wiederum) nicht.

Festzuhalten bleibt ferner, dass die in den ärztlichen Berichten erwähnte migrationspezifische Depression mit Sicherheit nicht vorbestehend war, da der Berufungsbeklagte bis zum Unfall normal arbeitete.

⁴⁰ Vgl. die in act. 5/6 erwähnten Beilagen

⁴¹ Vgl. Merz, § 196 ZPO N 5a

⁴² RBOG 1972 Nr. 6

⁴³ Protokoll der Berufungsverhandlung, S. 2

ee) Zusammenfassend liegen drei ärztliche Berichte im Recht, die für den fraglichen Zeitraum die volle Arbeitsunfähigkeit des Berufungsbeklagten bestätigen. Hätte die Berufungsklägerin diese substantiiert in Zweifel ziehen wollen, hätte sie entsprechende Beweismittel vollständig einreichen oder beispielsweise die Befragung der Ärzte beantragen müssen. Die Berufungsklägerin beantragte aber weder die Durchführung eines Beweisverfahrens noch bezeichnete sie irgendwelche Beweismittel. Sie forderte den Berufungsbeklagten auch nie auf, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Sie schaltete ihren Vertrauensarzt zwar ein, liess es aber bei Nachfragen bei den behandelnden Ärzten bewenden.

5. Somit ist für den fraglichen Zeitraum 1. Februar bis 31. August 2004 von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit des Berufungsbeklagten auszugehen. Das eingeklagte Quantum ist nicht bestritten. Die Berufungsklägerin hatte dem Berufungsbeklagten gestützt auf eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit bereits Fr. 15'121.00 bezahlt, weshalb sie ihm für den fraglichen Zeitraum bei einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit nochmals Fr. 15'121.00 schuldet. Der Zins blieb unbestritten.

6. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet. Entsprechend diesem Verfahrensausgang ist der erstinstanzliche Kostenspruch zu bestätigen. Für das Berufungsverfahren hat die Berufungsklägerin eine Verfahrensgebühr von Fr. 3'000.00 zu bezahlen und den Berufungsbeklagten mit Fr. 2'075.80 nebst 7,6% Mehrwertsteuer zu entschädigen.

7. In dieser Streitigkeit nach VVG beträgt der Streitwert Fr. 15'121.00. Der massgebende Streitwert für eine Beschwerde an das Bundesgericht ist somit laut Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG nicht erreicht. Gegen dieses Urteil ist daher eine Beschwerde an das Bundesgericht laut Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Über das Vorhandensein dieser Voraussetzung entscheidet das Bundesgericht nach freiem Ermessen.

Eine Beschwerde an das Bundesgericht ist gemäss Art. 42 und 90 ff. BGG innert der nicht erstreckbaren Frist von 30 Tagen von der Zustellung des Entscheids an gerechnet beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die unterzeichnete Beschwerdeschrift (im Doppel) hat die Begehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel zu enthalten; entsprechende Unterlagen sind beizulegen.

Frauenfeld, 18. Januar 2007

pet

Der Präsident des Obergerichts:

Der Obergerichtssekretär: