

Abteilung I in Zivilsachen

Präsident Weingand, Amtsrichterin Rüede Schaufelberger und Amtsrichter Zumthurn, Gerichtsschreiberin Tresch

Urteil vom 25. Mai 2007

X, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur.

Anton Frank, Alpenstrasse 1, 6004 Luzern, mit unentgeltlicher Rechtspflege

Kläger

gegen

"Y" Versicherung

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Walter Fellmann, Zinggendorstrasse 4, Postfach, 6000 Luzern 6,

Beklagte

betreffend Forderung aus Krankentaggeldversicherung

Sachverhalt

1. Der Kläger schloss am 7.4.2005 mit der A GmbH einen Arbeitsvertrag ab, in dem er ab 13.4.2005 als Pflasterer angestellt, bzw. bei der Firma R eingesetzt wurde (kläg. Bel. 5). Am 28.7.2005 verliess er den Arbeitsplatz. Gemäss Arzzeugnis ist der Kläger ab 28.7.2005 infolge eines Rückenleidens nicht mehr arbeitsfähig als Bauarbeiter. Nach Ziffer 11 des Arbeitsvertrags ist der Kläger bei der Beklagten gegen Lohnausfall wegen Krankheit für 720 Tage zu 80% versichert.
2. Mit Gesuch vom 21.6.2006 ersuchte der Kläger um Durchführung eines Einigungsversuchs und beantragte die unentgeltliche Rechtspflege. Der Einigungsversuch verlief unvermittelt. Mit Entscheid vom 18.8.2006 wurde dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege erteilt (Verfahren-Nrn. 01 06 83/84).
3. Mit Klage vom 26.6.2006 beantragt der Kläger, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 49'655.-- nebst 5% Zins seit 1.1.2006 (mittlere Verzinsung) zu bezahlen. Weiter behalte er sich vor, die nach dem 22.6.2006 neu entstehenden Taggeldansprüche durch Antragsergänzung geltend zu machen. Zur Begründung beruft er sich auf den mit der Beklagten abgeschlossenen Versicherungsvertrag. Die durch Krankheit verursachte Arbeitsunfähigkeit sei belegt. Aufgrund des Alters und der Berufserfahrung des Klägers sowie des Arbeitsmarktes sei es dem Kläger nicht möglich, in einer anderen Branche eine Arbeit zu finden.
4. Mit Klageantwort vom 27.12.2006 beantragt die Beklagte, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung macht sie geltend, der Kläger sei bereits vor Antritt der Arbeit als Pflasterer krank gewesen. Zudem sei das Arbeitsverhältnis am 28.6.2005 durch konkludente fristlose Kündigung aufgelöst worden. Schliesslich könne der Kläger trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung arbeiten, wenn auch nicht auf dem Bau. Es sei ihm in einer andern Branche möglich, mehr als 50% seines früheren Lohns zu erreichen. Versichertes Ereignis sei eine Krankheit und nicht die fehlende Vermittelbarkeit des Versicherten.
5. Mit Replik vom 6.2.2007 erhöhte der Kläger seine Forderung auf Fr. 84'580.-- nebst 5% Zins seit 1.6.2006, entsprechend den seit dem 22.6.2006 bis am 6.2.2007 aufgelaufenen Taggeldern. Weiter forderte er Taggelder von Fr. 151.85 pro Tag, nebst Zins seit mittlerem

Verfall für die Periode 6.2.2007 bis zum Urteilstag. Mit Duplik vom 19.3.2007 hielt die Beklagte an ihrem Antrag auf Klageabweisung fest.

6. Am 11.5.2007 fand die Instruktionsverhandlung statt. Die Instruktionsrichterin nahm

die aufgelegten Urkunden zu den Akten und informierte die Parteien betreffend eine telefonische Auskunft des Sozialamts der Stadt Luzern (amtl. Bel. 16). Anschliessend schloss sie das Beweisverfahren. Beide Parteien verzichteten auf eine Stellungnahme zum Beweisergebnis und auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (Verfahrensprotokoll [VP] S. 1).

Erwägungen

1 Zum Beweis

Mit den vorliegenden Akten ist der relevante Sachverhalt ausreichend geklärt. Die weitergehenden Beweisanträge der Parteien sind aus folgenden Gründen nicht erforderlich:

- Betreffend den letzten Arbeitstag des Klägers ist es ohne Belang, ob der Kläger den Vorarbeiter über die Rückenschmerzen informiert hat (vgl. Erw. Ziffer. 3.3 und 3.4). Die von den Parteien zu diesem Thema beantragten Zeugen müssen deshalb nicht befragt werden.
- Nicht substantiiert bestritten ist, dass der Kläger als angestellter Pflasterer vom 13.4-28.7.2005 vorwiegend am Pressluftbohrer in Schräglage zu arbeiten hatte. Zudem ist im vorliegenden Verfahren nicht von Belang, welche konkrete Arbeit der Kläger als Bauarbeiter auszuüben hatte. Der vom Kläger angebotene Zeuge ist deshalb nicht zu befragen.
- Unbestritten ist, dass der Kläger - auf Aufforderung des Sozialamts - einen Antrag betreffend Ausrichtung von Taggeldern bei der Arbeitslosenkasse gestellt hatte. Auf die von der Beklagten beantragte Edition der diesbezüglichen Akten ist deshalb zu verzichten (vgl. Erw. Ziff. 3.6).
- Mit den bei den Akten liegenden Arztzeugnissen von Dr. med. S, Dr. med. H und Dr. med. G (bekl. Bel. 6, 7 und kläg. Bel. 7 und 16) ist der Krankheitsverlauf des Klägers hinreichend bekannt. Es ist deshalb nicht nötig, Dr. med. S betreffend den Beginn der Krankheit als Zeugen zu befragen (vgl. Erw. Ziff. 4.3).
- Weiter kann auf eine Expertise zum Thema, der Kläger könne mit einer leichten Arbeit (ausserhalb Bau) mindestens 50% seines früheren Verdienstes erreichen, verzichtet werden. Ob dem Kläger im Sinne von Art. 6 Satz 2 ATSG eine andere Arbeit in einer anderen

Branche zuzumuten ist, ist eine Rechtsfrage, die das Gericht zu entscheiden hat. Zudem ist unbestritten, dass der Kläger mit einer leichten Arbeit mehr als 50% seines früheren Lohnes verdienen könnte, wenn er eine entsprechende Tätigkeit finden würde.

2. Anspruchsgrundlage: Art. 87 VVG

21 Der Kläger stützt seine Forderung auf die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung, die seine Arbeitgeberin im Rahmen des Arbeitsvertrags mit der Beklagten unter der Police XXX zu seinen Gunsten abgeschlossen hat (Arbeitsvertrag vom 7.4.2005, Ziff. 11 / kläg. Bel. 5 und 3). Danach hat die Beklagte dem Kläger nach dreimonatigem Arbeitseinsatz ab dem 3. Krankheitstag 80% während 720 Tagen zu bezahlen. Die Kollektivversicherung stützt sich auf das VVG ab (bekl. Bel. 5). Nach Art. 87 VVG steht demjenigen, zu dessen Gunsten die Versicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu.

2.2 Der Kläger macht geltend, er sei seit 28.7.2005 infolge Rückenschmerzen arbeitsunfähig betreffend eine Arbeit auf dem Bau. Er beansprucht deshalb ab 30.7.2005 für 720 Tage Taggelder gemäss Kollektivversicherung. Die Beklagte bestreitet weder den Abschluss der Kollektivversicherung noch die vom Kläger vorgenommene Berechnung der Taggelder (Klageantwort S. 4).

3. Bestand des Arbeitsvertrags

31 Die Beklagte macht geltend, die Kollektivversicherung finde keine Anwendung, da das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger per 28.7.2005 aufgelöst worden sei. Indem der Kläger am 28.7.2005 den Arbeitsplatz verlassen habe, habe er fristlos gekündigt. Er sei auch am folgenden Arbeitstag nicht erschienen.

3.2 Der Arbeitsvertrag des Klägers mit der A GmbH verweist in Ziff. 11 für Einzelheiten auf Art. 64 LMV 2005. Danach sind die Arbeitgeber verpflichtet, alle dem LMV unterstellten Arbeitnehmer kollektiv für ein Taggeld von 80% des wegen Krankheit ausfallenden Lohns zu versichern. Mit den Taggeldleistungen des Kollektivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers abgegolten. Nach Art. 64 Abs. 3 lit.h LMV können die Arbeitnehmer nach Ausscheiden aus der Kollektivversicherung innert 90 Tagen nach

Art. 71 Abs. 2 KVG in die Einzelversicherung übertreten, wobei die Prämie entsprechend dem Alter des Arbeitnehmers bei Eintritt in die Kollektivversicherung festgelegt wird.

Die Beendigung des Arbeitsvertrags kann allenfalls somit auch Auswirkungen auf die Kollektivversicherung haben. Es ist daher zu prüfen, ob der Arbeitsvertrag des Klägers mit der A GmbH aufgelöst wurde.

33 Wie die Beklagte zutreffend ausführt, bedarf die Kündigung - auch die fristlose -

eines Arbeitsverhältnisses keiner besonderen Form. Der Arbeitsvertrag kann auch durch eindeutiges konkludentes Handeln aufgelöst werden. Tritt der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle nicht an oder verlässt er sie fristlos, ergibt sich die fristlose Kündigung aus dem Verhalten des Arbeitnehmers (Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar, 6. Auflage, N. 1 zu Art. 337d OR). Bei einer Kündigung durch konkludentes Handeln, muss der Wille des Kündigenden zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bestimmt und unzweideutig sein. Jede Unklarheit geht zu Lasten des Kündenden (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., N. 6b zu Art. 335 OR).

3.4 Unbestritten ist, dass der Kläger den Arbeitsplatz am 28.7.2005 verlassen hat. Ge-

mäss Darstellung des Klägers erklärte er dem Bauführer B, er sei aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr im Stande, weitere Spitzarbeiten mit dem Pressluftbohrer auszuführen (Replik S. 6). Gemäss Darstellung der Beklagten habe der Kläger die Spitzarbeit verweigert, sich ohne Mitteilung und unentschuldigt von der Arbeitsstelle entfernt und sei auch am folgenden Tag nicht erschienen (Klageantwort S. 6 und Duplik S. 10).

3.5 Mit den Arztzeugnissen von Dr. med. S vom 28.7.2005 und von Dr.

med. H vom 8.9.2005 bis 30.4.2007 ist belegt, dass der Kläger infolge Krankheit ab 28.7.2005 als Bauarbeiter nicht mehr arbeitsfähig war (kläg. Bel. 7 und 12). Für das Verlassen des Arbeitsplatzes am 28.7.2005 hatte er somit eine hinreichende Entschuldigung. Er hat auch nicht grundlos den Arbeitsplatz verlassen. Inwieweit er den Vorarbeiter am Arbeitsplatz informiert hat, kann offen bleiben. Gemäss Schreiben der A GmbH vom 6.1.2006 hat der Kläger seiner Arbeitgeberin jedenfalls wenige Tage nach dem 28.7.2005 ein Arztzeugnis geschickt (kläg. Bel. 10). Es ist belegt, dass der Kläger infolge Krankheit der Arbeit fernblieb, bzw. deshalb den Arbeitsplatz verliess. Aus seinem Verhalten kann deshalb nicht abgeleitet werden, er wolle den Arbeitsvertrag kündigen.

36 Weiter macht die Beklagte geltend, der Kläger habe in der Folge bei der Arbeitslo-

senkasse um Ausrichtung von Taggeldern ersucht. Dies zeige, dass er davon ausgegangen sei, das Arbeitsverhältnis mit der A GmbH sei aufgelöst.

Der Kläger war nach Ausbruch der Krankheit ohne Einkommen und ersuchte um wirtschaftliche Sozialhilfe. Unbestritten ist, dass er auf Weisung des Sozialamtes bei der Arbeitslosen-
kasse Taggelder beantragte (Replik S. 5). Weiter ist belegt, dass auch die Beklagte den
Kläger mit Schreiben vom 25.11.2005 aufgefordert hat, sich allenfalls bei der Arbeitslosen-
kasse anzumelden (kläg. Bel. 9).

Der Kläger ist ohne Vermögen (UR Akten: Verfahren 01 06 84). Ohne Erwerbseinkommen
war sein Unterhalt nicht mehr gedeckt. Dass er sich deshalb um ein Ersatzeinkommen be-
mühen musste, liegt auf der Hand. Aus dem Umstand, dass er in dieser Situation auf Wei-
sung des Sozialamtes einen Antrag auf Arbeitslosengelder stellte, kann nicht abgeleitet wer-
den, er habe das Arbeitsverhältnis als aufgelöst betrachtet. Vielmehr unternahm er das, was
er tun musste, um Sozialhilfe beziehen zu können.

37 Weiter führt die Beklagte aus, falls das Arbeitsverhältnis nicht vom Kläger gekündigt

worden sei, sei es von der A GmbH mit Schreiben vom 6.1.2006 gekündigt
worden (kläg. Bel. 10).

Im Auftrag der Beklagten untersuchte Dr. med. G den Kläger konsiliarisch und
erstattete der Beklagten mit Schreiben vom 10.11.2005 Bericht (bekl. Bel. 7). Dr. G
stellte beim Kläger die Diagnosen chronifiziertes Schmerzsyndrom nuchal, chronisches
Lumbovertebralsyndrom, chronische Kopfschmerzen und Verdacht auf depressive Entwick-
lung im Rahmen einer psychosozialen Belastung. Als Bauarbeiter sei der Kläger deshalb
nicht mehr einsetzbar; während er für leichtere Arbeitstätigkeiten (z.B. in Industrie auf
Kleinmontage oder Mitarbeit in einem Magazin) zu 100 % arbeitsfähig sei. Mit Schreiben
vom 25.11.2005 verneinte die Beklagte gegenüber dem Kläger die Leistungspflicht. Sie ver-
wies auf den Bericht von Dr. med. G und wies den Kläger an, im Sinne von Art.

61 Abs. 1 VVG den Schaden zu mindern und sich um eine leichtere Tätigkeit zu bemühen
(kläg. Bel. 9). Mit Schreiben vom 5.1.2006 ersuchte der Kläger die Arbeitgeberin, ihm eine
Stelle mit einer geeigneten leichten Tätigkeit zuzuweisen, unter Hinweis auf das Arzzeugnis
von Dr. med. G (bekl. Bel. 8). Im Antwortschreiben vom 6.1.2006 teilte die Arbeitgebe-
rin dem Kläger mit, die Anspruchsvoraussetzungen betreffend die Taggeldversicherung bei
der Beklagten seien nicht erfüllt. Es sei ihr ein Rätsel, weshalb er eine Weiterbeschäftigung
wünsche. Er habe durch Verlassen des Arbeitsplatzes am 28.7.2005 den Arbeitsvertrag ver-

letzt. Sie seien nach dem Vorfall erstaunt gewesen, dass der Kläger ihnen ein Arzzeugnis geschickt habe. Eine Arbeit auf dem Bau sei nie leicht. Sie könnten ihm deshalb keine gleichen Konditionen anbieten, bzw. möchten ihn nicht mehr im Mitarbeiterstamm aufnehmen. Schliesslich wird der Kläger gebeten, die Arbeitgeberin künftig telefonisch oder schriftlich nicht mehr zu belästigen (kläg. Bel. 10).

Das zitierte Schreiben ist in erster Linie eine Antwort auf das Anliegen des Klägers, ihm eine körperlich leichte Arbeit zuzuweisen. Indirekt ist dem Schreiben zu entnehmen, dass die Arbeitgeberin ausschliesslich Tätigkeiten im Baubereich anbieten kann, weshalb dem Anliegen des Klägers nicht stattgegeben werden könne. Eine Kündigung ist ein Gestaltungsrecht, d.h. eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung, ein Dauerschuldverhältnis zu beenden (Brühwiler, a.a.O., N. 1 a zu Art. 335 OR). Das Schreiben der Arbeitgeberin vom 6.1.2006 enthält keine Willenserklärung, die ein bestehendes Vertragsverhältnis beenden soll. Vielmehr wird sinngemäss festgestellt, gestützt auf das Verhalten des Klägers sei der Arbeitsvertrag bereits aufgelöst worden. Wie oben ausgeführt, ist diese Auffassung nicht zutreffend. Die Arbeitgeberin hat dem Kläger nie eindeutig und klar mitgeteilt, sie kündige den Arbeitsvertrag vom 7.4.2005 auf den nächst möglichen Termin. Diesfalls hätte sie oder die Beklagte dem Kläger auch anbieten müssen, die Kollektivversicherung in eine Einzelversicherung im Sinne von Art. 64 Abs. 3 lit. h LMV und Art. 71 Abs. 2 KVG umzuwandeln.

Die A GmbH als Arbeitgeberin hatte auch keinen Anlass, am 6.1.2006 dem Kläger zu kündigen. Zu diesem Zeitpunkt war sie von der Lohnzahlungspflicht gestützt auf Art. 324a Abs. 2 OR bzw. Art. 64 LMV schon längst befreit.

3.8 Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Arbeitsvertrag vom 7.4.2005 bis

heute weder vom Kläger noch von der A GmbH gekündigt worden ist. Die Kollektivversicherung gemäss Police XXX kann somit als Anspruchsgrundlage für die Forderungen des Klägers dienen.

3.9 Im Übrigen spielt es im vorliegenden Fall gar keine Rolle, ob das Arbeitsverhältnis

noch besteht oder nicht. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt bei der Taggeldversicherung nach VVG nicht automatisch zur Stornierung der Leistungen. Entscheidend ist einzig, ob das versicherte Risiko während der Dauer der Versicherung eingetreten ist. Der vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erkrankte Arbeitnehmer erhält somit Taggelder bis zur Ausschöpfung der vorgesehenen Leistungspflicht (BGE 127 III 106, vgl. auch Staelin, Zürcher Kommentar, N 59 zu Art. 324a OR). Gemäss Ziff. 34 der AVB zur Police

betreffend den Versicherungsvertrag zwischen der A GmbH und der Beklagten (bekl. BeI. 5) erbringt die Beklagte auch Leistungen nach Beendigung des Arbeitsvertrages (Nachleistung).

4. Vorbestehende Krankheit

4.1 Die Beklagte macht geltend, der Kläger leide mindestens seit Oktober 2004 an ei-

nem Rückenleiden. Er sei bereits im April 2005 beim Vertragsabschluss als Pflasterer bzw. Bauarbeiter arbeitsunfähig gewesen. Gemäss Ziffer 8 der Allgemeinen Vertragsbedingungen zur Police Versicherungsvertrag zwischen der A GmbH und der Beklagten (AVB) sei eine Arbeitsunfähigkeit zur Zeit des Eintritts in die Versicherung nicht versichert (bekl. BeI. 5). Der Kläger macht geltend, die Arbeit am Pressluftbohrer in Schräglage habe zur Arbeitsunfähigkeit als Bauarbeiter geführt.

4.2 Die Ziffern 7 und 8 der AVB zur Police betreffend den Versicherungsvertrag zwi-

schen der A GmbH und der Beklagten unter dem Titel *frühere Krankheiten* lauten (bekl. BeI. 5):

Ziffer 7: Sind Arbeitnehmer vor Beginn des Versicherungsschutzes für Krankheiten behandelt worden, ist das erneute Auftreten versichert.

Ziffer 8: Arbeitsunfähigkeit zur Zeit des Eintritts in die Versicherung ist nicht versichert.

4.3 Den ersten ärztlichen Bericht im Hinblick auf die vom Kläger beanspruchten Kran-

kentaggelder erstellte Dr. med. S (bekl. 6). Er beantwortete die von der Beklagten gestellten Fragen mit Bericht vom 11.8.2005 wie folgt:

- die medizinische Behandlung begann am 15.10.2004.
- die Befunde und Diagnose sind: "chronische Lumbalgie / Hypertonie"
- kurze Anamnese: Hypertonie gefährdet den Patienten. Keine Schwerarbeit möglich, Bau zu schwer.
- Der Patient war früher schon in Zürich in ärztlicher Behandlung.
- Art der Behandlung: Medikamente
- Arbeitsunfähigkeit als Pflasterer: ab 28.7.2005 bis auf weiteres
- Als Bauarbeiter kann nicht mit der Wiederaufnahme der Arbeit gerechnet werden.
- Könnte die Wiederaufnahme der Arbeit mit nichtmedizinischen Massnahmen gefördert werden? Patient arbeitete während 3 Monaten als Hilfsschaler (Stempelgründe)
- Wann kann mit Wiederaufnahme der Arbeit gerechnet werden? Nicht als Bauarbeiter

Diesem Arztzeugnis kann entnommen werden, dass der Kläger mindestens seit 15.10.2004 an chronischen Rückenschmerzen und zu hohem Blutdruck leidet. Der Beginn der Arbeitsunfähigkeit wird indes klar auf den 28.7.2005 festgelegt und nicht auf einen früheren Zeitpunkt. Auch im Arztzeugnis vom 28.7.2005 stellt Dr. med. S den Beginn der Arbeitsunfähigkeit auf den 28.7.2005 fest (kläg. Bel. 7, letzte Seite). Die zahlreichen Arztzeugnisse von Dr. med. H, dem Nachfolger von Dr. med. S, bezeichnen den Beginn der Arbeitsunfähigkeit ebenfalls stets mit dem 28.7.2005 (kläg. Bel. 7, 16 und 17). Wohl erklärte der Kläger im Herbst 2005 gegenüber Dr. med. G, Vertrauensarzt der Beklagten, er leide seit Jahren an Rückenschmerzen (bekl. Bel. 7). Indes führen Schmerzen nicht automatisch zur Arbeitsunfähigkeit. Auch ist nicht dargetan, dass der Kläger auch bei Arbeitsantritt an Schmerzen litt. Dies im Nachhinein abzuklären, ist - falls überhaupt möglich - nicht nötig. Denn selbst wenn der Kläger bereits bei Arbeitsantritt an Rückenschmerzen litt, waren diese nicht so stark, dass sie zur Arbeitsunfähigkeit führten. Denn es ist dargetan, dass der Kläger während rund 3 1/3 Monaten effektiv als Bauarbeiter arbeiten konnte. Er war während dieser Zeit offensichtlich fähig, auf dem Bau zu arbeiten. Dabei spielt es im vorliegenden Verfahren keine Rolle, ob er in Schräglage am Pressluftbohrer oder effektiv als Pflasterer gearbeitet hat. Ob der Kläger bereits früher wegen denselben Leiden in ärztlicher Behandlung war, ist gemäss Ziffer 7 der AVB zum Versicherungsvertrag ohne Belang. Ebenfalls ist das Motiv des Klägers, weshalb er sich als Pflasterer anstellen liess, ohne Belang. Infolge der altersbedingten Veränderung der Wirbelsäule mussten sowohl die Arbeitgeberin wie auch die Beklagte als Krankentaggeldversicherer damit rechnen, dass bei einem 62-jährigen Bauarbeiter Rückenschmerzen auftreten können.

4.4 Dem Kläger kann auch nicht vorgeworfen werden, er hätte den Arbeitgeber bei Vertragsabschluss über sein latentes Rückenleiden informieren sollen. Wie erwähnt, ist es nicht ungewöhnlich, dass ein 62-jähriger Bauarbeiter Rückenprobleme hat. Eine allgemeine Informationspflicht des Arbeitnehmers betreffend vorbestehende Leiden besteht nicht (Rehbinder, Berner Kommentar, N. 32 zu Art. 320 OR). Im Übrigen ist in erster Linie der Arbeitgeber für den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer zuständig (Art. 6 ArG und Art. 328 OR). Sowohl mit Blick auf die öffentlichrechtlichen Vorschriften wie auch die privatrechtlichen Vorschriften zum Schutz der Gesundheit muss der Arbeitgeber sorgfältig prüfen, welche Tätigkeiten einem 62-jährigen Bauarbeiter zugewiesen werden dürfen (Brühwiler, a.a.O., N. 3 zu Art. 328 OR). Inwieweit der Arbeitgeber deshalb verpflichtet war, den Kläger betreffend

vorbestehende Leiden zu befragen, und ihm eine seinem Alter entsprechende eher schonende Arbeit hätte zuweisen müssen, ist vorliegend jedoch nicht zu prüfen.

5 Schadenminderungspflicht

5.1 Die Beklagte macht geltend, der Kläger sei für eine leichte Arbeit zu 100% arbeits-

fähig. Gestützt auf Art. 61 VVG sei er verpflichtet, den Schaden zu mindern und in einer andern Branche eine Arbeit zu suchen. Dies sei ihm auch gestützt auf Art. 6 Satz 2 ATSG zumutbar. Der Kläger sei nicht wegen Krankheit arbeitslos, sondern weil er keine Stelle finde. Arbeitslosigkeit sei nicht versichert, auch wenn der Kläger nicht mehr vermittelbar sei.

Der Kläger führt aus, er habe alle zumutbaren Bemühungen unternommen, eine Erwerbstätigkeit in einer anderen Branche zu suchen. Infolge Krankheit könne er nicht mehr als Bauarbeiter tätig sein. Aus diesem Grund finde er keine Stelle. Er habe in keiner anderen Branche Berufserfahrung und beherrsche die deutsche Sprache ungenügend. Eine Umschulung komme aufgrund des Alters nicht in Frage.

5.2 Nach Art. 61 Abs. 1 VVG besteht eine Pflicht des Versicherten zur Schadenminde-

rung. Art. 61 Abs. 1 VVG bestimmt, dass der Versicherte verpflichtet ist, nach Eintritt des versicherten Ereignisses "tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen". Verletzt der Versicherte diese Pflichten in nicht entschuldbarer Weise, so ist der Versicherer berechtigt, seine Leistungen entsprechend zu kürzen (Art. 61 Abs. 2 VVG). Die Beweislast für eine Verletzung der Pflichten nach Art. 61 Abs. 1 VVG trägt der Versicherer (Höngger/Süsskind, Basler Kommentar 2001, N. 30 zu Art. 61 VVG). Unter dem Titel "Obliegenheiten im Versicherungsfall" sehen die AVB der Beklagten in Ziff. 64 vor, dass der arbeitsunfähige Versicherte eine andere, seinen Fähigkeiten entsprechende, zumutbare Tätigkeit anzunehmen hat, um den Erwerbsausfall zu reduzieren oder zu vermeiden. Vorliegend ist das versicherte Ereignis die "Arbeitsunfähigkeit" infolge Krankheit. Die abgeschlossene Versicherung betreffend Krankentaggelder ist eine soziale Krankenversicherung. Auch wenn sich der Versicherungsvertrag auf das VVG - d.h. Privatrecht - stützt, ist zur Auslegung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" im Zusammenhang mit der Schadenminderungspflicht die Rechtsprechung der sozialen Krankentaggeldversicherung und Art. 6 ATSG zu berücksichtigen (BGer 5C. 74/2002 vom 7.5.2002). In Art. 6 ATSG wurde sowohl die privatrechtliche wie auch die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung betreffend Arbeitsunfähigkeit und Verwertung der verbleibenden Arbeitsfähigkeit zusammengefasst.

Art. 6 ATSG lautet:

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.

Nach Satz 1 von Art. 6 ATSG ist nicht eine medizinisch theoretische Arbeitsfähigkeit
mass-

gebend, sondern wesentlich ist, in welchem Mass die versicherte Person aus gesundheitlichen Gründen im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich arbeiten kann (Kieser, Kommentar zum ATSG, N. 3 zu Art. 6). Unbestritten ist, dass der Kläger in seinem bisherigen Beruf als Bauarbeiter aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr arbeiten kann. Zu prüfen bleibt, ob der Kläger gestützt auf Satz 2 der zitierten Bestimmung ganz oder teilweise arbeitsfähig ist.

5.3 Erste Voraussetzung von Art. 6 Satz 2 ATSG ist die **lange Dauer** der Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf. Die Rechtsprechung spricht dabei von "mehr als 6 Monaten"; dem Versicherten müsse eine Anpassungszeit von 3 bis 5 Monaten gegeben werden. Weiter setzt Art. 6 Satz 2 ATSG voraus, dass ein entsprechender Wechsel **zumutbar** ist.

Dabei ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der in Frage stehende Wechsel **objektiv möglich** ist. Dies setzt voraus, dass der Wechsel in medizinisch-theoretischer Hinsicht möglich ist, die fragliche Tätigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt hinreichend angeboten wird und dass zwischen der Schadenminderungspflicht und dem erzielbaren Lohn kein Missverhältnis besteht. In einem zweiten Schritt ist sodann abzuklären, ob der Wechsel **subjektiv möglich** ist. Dabei ist die Vermittelbarkeit zu prüfen. Auch ist auf das Alter der versicherten Person abzustellen. Bei Personen in vorgerücktem Alter ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob nicht die persönlichen Verhältnisse die Aufnahme einer Arbeit in einem anderen Zweig übermässig erschweren. Ins Gewicht fallen dabei persönliche Verhältnisse (Kieser, a.a.O., N. 12 zu Art. 6).

Gemäss Gutachten von Dr. med. G ist der Kläger aus medizinischer Sicht in einer leichten Tätigkeit ohne relevante Leistungseinbusse einsetzbar. Für denkbar hielt der Experte den Einsatz in der Industrie bei Kleinmontage oder die Mitarbeit in einem Magazin, oder für Verpackungsarbeiten, Botengänge und Kontrollarbeiten (bekl. Bel. 7). In medizinisch theoretischer Hinsicht ist der Kläger somit objektiv in einer anderen Branche erwerbstauglich. In subjektiver Hinsicht sind indes die Voraussetzungen für einen Branchenwechsel nicht gegeben. Der bei Ausbruch der Krankheit bereits 62-jährige Kläger hat ausser im Bau keine

Berufserfahrung und beherrscht die deutsche Sprache schlecht. Auch wenn er in medizinisch-theoretischer Hinsicht in einer Branche mit leichter körperlicher Arbeit, z.B. Montage in einer Fabrik, arbeitsfähig ist, ist es ihm gestützt auf seine persönlichen Verhältnisse (vorge-rücktes Alter, fehlende Berufserfahrung und Ausbildung, angeschlagene physische und psy-chische Gesundheit) subjektiv nicht zumutbar, in einer anderen Branche eine Erwerbstätig-keit zu finden. Wie auch die Beklagte ausführt, ist er in jener Branche nicht vermittelbar. Es kann deshalb nicht von ihm verlangt werden, in einer anderen Branche seine medizinisch-theoretisch noch bestehende Arbeitskraft zu verwerten und damit den Schaden, bzw. die Folgen seiner Arbeitsunfähigkeit als Bauarbeiter, zu mindern. Vorliegend hat der Kläger hin-reichend belegt, dass er sich um eine Arbeit in einer andern Branche bemüht hat (kläg. Bel. 11, 15 und 18). Aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse blieben diese Bemühungen aus-sichtslos. Der Kläger hat das ihm Mögliche unternommen, um den Schaden zu begrenzen. Ab Dezember 2005, bzw. nach dem Vorliegen des Arzteugnisses von Dr. med. G, bewarb er sich rund 10x pro Monat für eine leichte körperliche Arbeit (kläg. Bel. 11, 15 und 18).

5.4 Die Beklagte wendet ein, Arbeitslosigkeit und fehlende Vermittelbarkeit seien ein

nicht versichertes Ereignis und zitiert zu dieser Behauptung zahlreiche Bundesgerichtsentscheide. Vorliegend ist der Kläger in Folge Krankheit im ursprünglichen Beruf ohne Arbeit. Auch in den zitierten Entscheiden wird geprüft, ob die Versicherten betreffend Schadenmin-derung die ihnen zumutbaren Anstrengungen unternommen haben. Wird diese Frage be-jaht, kann sich der Versicherer nicht mit dem Hinweis, der Versicherte sei in einer anderen Branche zu mehr als 50% arbeitsfähig, entlasten (insbesondere BGE 129 V 460 ff.). Etwas anderes kann auch aus Art. 43 AVB nicht abgeleitet werden (bekl. Bel. 5).

5.5 Der Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe mit den Bewerbungen zu lange zuge-

wartet, ist nicht begründet. Erst mit Schreiben vom 25.11.2005 informierte die Beklagte den Kläger über den Bericht von Dr. med. G, wonach ihm eine leichte Tätigkeit zu-zumuten sei (bekl. Bel. 14). Die erste Bewerbung des Klägers datiert vom 9.12.2005 (kläg. Bel. 11, letzte Seite). Zudem war der Kläger - wie oben unter Ziffer 5.3 ausgeführt - erst ca. 6 Monate nach Ausbruch der Krankheit gehalten, sich um eine Tätigkeit in einem anderen Bereich zu bemühen.

56 Weiter verweist die Beklagte auf Art. 100 Abs. 1 VVG in Verbindung mit Art. 73 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) und Art. 37 AVB, und macht geltend, nachdem der Kläger in einem anderen Bereich voll, bzw. sicher mehr als 50% arbeitsfähig sei, habe er keinen Anspruch auf die Kollektivversicherung. Die genannten Bestimmungen beziehen sich auf die ursprüngliche Tätigkeit, und nicht auf eine medizinisch theoretisch mögliche, praktisch jedoch nicht verwertbare Arbeitsfähigkeit in einer anderen Branche (vgl. Art. 73 Abs. 1 KVG und oben Erw. Ziff. 5.3).

5.7 Es bleibt festzuhalten, dass der Kläger die ihm nach Art. 61 Abs. 1 VVG und Art. 64 AVB obliegende Pflicht, den Schaden zu mindern, nicht verletzt hat.

6. Aktivlegitimation

Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers. Dessen Ansprüche seien abgetreten worden. Entgegen der Ansicht der Beklagten hat jedoch der Kläger diese Forderung nicht dem Sozialamt der Stadt Luzern abgetreten, sondern dem Sozialamt lediglich eine Inkassovollmacht erteilt (bekl. Bel. 15f.). Im Rechtsspruch ist deshalb beizufügen, dass der dem Kläger zugesprochene Betrag dem Sozialamt der Stadt Luzern auszubezahlen ist.

7. Berechnung

Unbestritten ist die Berechnung der Taggelder von Fr. 151.85 pro Tag, geschuldet ab 30.7.2005 (Klageantwort S. 14). Der Kläger beantragt die Zusprechung der Taggelder bis zum Tag, an dem das Urteil gefällt wird (Replik S. 2). Letztmals wird die Arbeitsunfähigkeit des Klägers als Bauarbeiter mit Arztzeugnis vom 30.4.2007 bestätigt (kläg. Bel. 17). Bis dahin sind dem Kläger insgesamt für 640 Tage, d.h. vom 30.7.2005 bis 30.4.2007, Krankentaggelder von insgesamt Fr. 97'184.-- zuzusprechen.

8 Verzugszins

Der Kläger beantragt, der zugesprochene Betrag sei ab mittlerem Verfall zu 5% zu verzinsen. Die herrschende Lehre geht davon aus, der Versicherer gerate erst mit Mahnung in Verzug. Eine Mahnung ist jedoch überflüssig, wenn der Versicherer zu Unrecht seine Leistung definitiv ablehnt. Fälligkeit und Verzug treten dann sofort ein (Nef, Basler Kommentar, 2000, N. 20 zu Art. 41 VVG).

Der Kläger hat die Beklagte nie mit einer Mahnung in Verzug gesetzt. Indes lehnte die Beklagte ihre Leistungspflicht mit Schreiben vom 25.11.2005 definitiv ab (kläg. Bel. 9). Die

Pflicht Verzugszinse zu leisten, beginnt somit am 25.11.2005. Die Beklagte ist deshalb zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf die Police XXX für die Periode 30.7.2005 - 30.4.2007 Fr. 97'184.-- Taggelder, nebst 5% Zins seit 25.11.2005 auf den Betrag von Fr. 18'070.15 (für 119 Tage) und seit 13.8.2006 (mittlerer Verfall) auf den Betrag von Fr. 79'113.85 (für 521 Tage), zu leisten, auszuzahlen an das Sozialamt der Stadt Luzern.

9. Nachklagerecht

Aus der Formulierung des Rechtsspruchs ergibt sich, dass der Kläger berechtigt ist, für die die Periode ab 1.5.2007 für weitere 80 Tage Krankentaggelder zu fordern. Es ist deshalb nicht erforderlich, sein Nachklagerecht ausdrücklich im Urteilsspruch festzuhalten.

10. Kosten

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat grundsätzlich die unterliegende Beklagte die Verfahrenskosten zu tragen. Allerdings handelt es sich beim vorliegenden Streit um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, S. 131). Gestützt auf Art. 85 VAG ist das Verfahren somit kostenlos. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 47 aVAG befreit dies die Parteien nur von Gerichtskosten; eine Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei bleibt grundsätzlich geschuldet (Urteil BGer 5C. 244/2000 vom 9.1.2001 E. 5). Demzufolge hat die Beklagte nebst den eigenen Anwaltskosten die Anwaltskosten des Klägers zu tragen. Die Kostennote von Rechtsanwalt lic. iur. Anton Frank ist antragsgemäss auf Fr. 11'635.-- (inkl. Fr. 135.-- Auslagen) festzusetzen. Gestützt auf § 136 Abs. 1 ZPO hat die Beklagte die klägerischen Anwaltskosten dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Klägers direkt zu bezahlen.

Rechtsspruch

- 1 Die Beklagte schuldet dem Kläger für die Periode 30.7.2005 bis 30.4.2007 Krankentaggelder von Fr. 97'184.--, nebst 5% Zins seit 25.11.2005 auf den Betrag von Fr. 18'070.15 (für 119 Tage) und seit 13.8.2006 (mittlerer Verfall) auf den Betrag von Fr. 79'113.85 (für 521 Tage).

Diesen Betrag hat die Beklagte dem Sozialamt der Stadt Luzern auszubezahlen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. Die Beklagte hat die Anwaltskosten beider Parteien zu tragen.

Die Kostennote des klägerischen Anwalts wird auf Fr. 11'635.-- (inkl. Fr. 135.-- Auslagen) festgesetzt.

Die Beklagte hat dem klägerischen UR-Beistand, Rechtsanwalt lic. iur. Anton Frank, Luzern, Fr. 11'635.-- zu bezahlen.

3. Gegen dieses Urteil ist die Appellation zulässig (§§ 245 ff. ZPO). Die Appellationserklärung ist innert 20 Tagen seit Zustellung des Urteils schriftlich beim Obergericht des Kantons Luzern einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Sie muss die Anträge auf Änderung des erstinstanzlichen Rechtspruchs enthalten. Das angefochtene Urteil ist beizulegen.
4. Dieses Urteil ist den Parteien zuzustellen und nach Rechtskraft dem Sozialamt der Stadt Luzern auszugsweise (Rechtsspruch Ziffer 1 und 4) mitzuteilen.

Amts ericht Luzern-Stadt

I. Abteilung



Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin

Zur Vollstreckung dieses Urteils ist eine Rechtskraftbescheinigung des Obergerichts erforderlich. Diese Bescheinigung kann nach Ablauf der im Urteil angeführten Rechtsmittelfrist schriftlich beim Obergericht des Kantons Luzern, Hirschengraben 16, 6002 Luzern, verlangt werden. Das Urteil ist beizulegen. Da für die Ausstellung der Rechtskraftbescheinigung Abklärungen erforderlich sind, muss mit gewisser Zeit gerechnet werden, bis die Bescheinigung zugestellt werden kann. Es wird daher empfohlen, das Gesuch um Erteilung der Rechtskraftbescheinigung rechtzeitig einzureichen.