

ZOR.2009.20 / ar
(OZ.2007.64)
Art. 65

Urteil vom 23. Juni 2009

Besetzung Oberrichter Hunziker, Präsident
Oberrichterin Herzog
Oberrichter Brunner
Gerichtsschreiber Tognella

Kläger X.,
vertreten durch Dr. iur. Andreas Burren, Rechtsanwalt,

Beklagte A. **Versicherungsgesellschaft,**
vertreten durch lic. iur. Mathias Merki, Rechtsanwalt,

Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend Forderung

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Mit Klage vom 4. Oktober 2007 stellte der Kläger beim Bezirksgericht Rheinfelden folgende Rechtsbegehren:

"Es sei richterlich festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger ab 23. November 2006 gesützt auf die Erwerbsausfallversicherung bei Krankheit, Police Nr. 45866.030/45866.031, das vertraglich geschuldete Taggeld zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

1.2.

Mit Klageantwort vom 28. November 2007 stellte die Beklagte folgende Anträge:

"1.

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

1.3.

Mit Replik vom 15. Januar 2008 und Duplik vom 17. März 2008 erklärten die Parteien Festhalten an den gestellten Begehren.

1.4.

An der Verhandlung vor Bezirksgericht Rheinfelden vom 11. Juni 2008 wurden Dr. E., F. und G. als Zeugen sowie der Kläger befragt. Anschliessend nahmen die Parteivertreter zum Beweisergebnis Stellung. Gleichentags erkannte das Bezirksgericht Rheinfelden wie folgt:

"1.

Die Klage wird abgewiesen.

2.

Der Kläger hat die Verfahrenskosten, bestehend aus der Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.--, der Kanzleigebür und den Auslagen von Fr. 570.--, (inkl. der Kosten für das motivierte Urteil von Fr. 150.--) total Fr. 6'570.--, zu tragen. Die Gerichtskosten werden mit seinem Kostenvorschuss von Fr. 2'600.-- verrechnet, sodass er noch Fr. 3'970.-- an die Gerichtskasse Rheinfelden zu bezahlen hat.

3.

Die Kostennote des Vertreters der Beklagten, lic.iur. Mathias Merki, Rechtsanwalt in Aarau, wird in der Höhe von Fr. 15'958.10 (inkl. Fr. 1'127.15 MwSt) richterlich genehmigt.

4.

Der Kläger hat der Beklagten eine Parteikostenentschädigung von Fr. 15'958.10 zu bezahlen."

Dieses Urteil wurde dem Kläger am 27. November 2008 zugestellt.

2.

2.1.

Mit fristgerechter Appellation vom 15. Dezember 2008 stellte der Kläger folgende Anträge:

"1.

Das Urteil des Bezirksgerichts Rheinfelden vom 11. Juni 2008 sei vollumfänglich aufzuheben.

2.

In Gutheissung der Klage sei richterlich festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger ab 23. November 2006 gestützt auf die Erwerbsausfallversicherung bei Krankheit, Police Nr. 45866.030/45866.031, das vertraglich geschuldete Taggeld zu bezahlen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren."

2.2.

Mit Appellationsantwort vom 30. Januar 2009 beantragte die Beklagte die Abweisung der Appellation, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Im vorliegenden Forderungsstreit gilt die Verhandlungs- und Eventualmaxime. Unter der Geltung der Verhandlungsmaxime (§ 75 Abs. 1 ZPO) obliegt den Parteien die Behauptungs- und Substanziierungslast. Es ist ihre Sache und nicht diejenige des Richters, die rechtserheblichen Tatsachen zu behaupten und so detailliert darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (Vogel/Spühler, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 8. A., Bern 2005, 10. Kapitel Rz 55; Bühler/Edelmann/Killer, *Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung*, 2. A., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 7 zu § 75 ZPO). Beruft sich eine Partei auf Urkunden, hat sie diese ihren Rechtsschriften beizulegen bzw., sofern sich die Urkunde im Besitze eines Dritten befinden, ein Gesuch um Vorlegung zu stellen, worauf der Instruktionsrichter ein Editionsverfahren einleitet (§§ 236 und 238 ZPO). Nach Abschluss des Behauptungsverfahrens können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur noch vorgebracht wer-

den, wenn die Verspätung als entschuldbar erscheint (§ 184 Abs. 1 ZPO). Auch in der schriftlichen Begründung von Appellation und Anschlussappellation sowie in der Antwort auf diese können daher neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur vorgebracht werden, wenn ein Partei dartut, dass sie diese im erstinstanzlichen Verfahren nicht mehr hat vorbringen können (§ 321 Abs. 1 ZPO). Unechte Noven können nur vorgebracht werden, wenn die Schuldlosigkeit der Partei nachgewiesen ist (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 5a zu § 321 ZPO). Insbesondere ist ausgeschlossen, dass unechte Noven, welche der Partei bekannt waren, die sie aber nicht vorbrachte, weil sie dazu keine Veranlassung hatte - z.B. weil sie für ihren Rechtsstandpunkt unerheblich erschienen - und deren Relevanz sich erst aufgrund der Begründung des vorinstanzlichen Urteils ergibt, mit der Appellation noch vorgebracht werden (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 4 zu § 321 ZPO).

1.2.

Da die Beklagte nicht begründet, weshalb sie die erstmals im Appellationsverfahren verurkundeten Unterlagen (Appellationsantwort-Beilagen 1-7) nicht bereits vor Vorinstanz in den Prozess einbringen konnte, haben diese als unzulässige Noven ausser Acht zu bleiben.

2.

2.1.

Der Kläger hat mit der Beklagten für seine Einzelfirma ToPneu Y.

per 1. Dezember 2005 eine Erwerbsausfallversicherung bei Krankheit abgeschlossen, die ihn, seine Ehefrau und seinen Sohn nach einer Wartefrist von 30 Tagen zum Bezug von maximal 700 Taggeldern je Versicherungsfall in Höhe von 80% des versicherten Tageslohnes berechtigten (Klagebeilage 1). Gemäss den damals gültigen Allgemeinen Vertragsbedingungen der Beklagten bestand im Falle einer vorübergehenden Erwerbsunfähigkeit Anspruch auf Ausrichtung von Taggeldern, wenn die versicherte Person bei Ablauf der Wartefrist noch zum versicherten Personenkreis gehörte. Eine vorübergehende Erwerbsunfähigkeit war gegeben, "wenn die versicherte Person infolge einer Krankheit mindestens zu 25 % ausserstande ist, ihre berufliche Tätigkeit im versicherten Betrieb auszuüben" (Beilage 2 zur Eingabe vom 15. Oktober 2007, Ziffer B.2.1 und C.1.2).

2.2.

Der Kläger erlitt im Mai 2006 eine transmurale Rotatorenmanschettenruptur an der linken Schulter, die am 7. Dezember 2006 im Bezirksspital Laufenburg mit offener Naht operiert wurde (Klagebeilage 6; Klageantwortbeilage 8). Am 11. Dezember 2006 kündigte der Kläger die Erwerbsausfallversicherung bei der Beklagten per 31. Dezember 2006 (Klageantwortbeilage 9). Mit Schreiben vom 23. Januar 2007 verweigerte die Beklagte die Ausrichtung von Taggeldleistungen mit der Begründung,

dass eine Erwerbsunfähigkeit von mehr als 25 % erst seit dem 7. Dezember 2006 bestanden habe, die Wartefrist von 30 Tagen somit erst zu diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen habe, weshalb der Kläger bei deren Ablauf am 6. Januar 2007 nicht mehr versichert gewesen sei (Klagebeilage 7). Streitig ist vorliegend, ob der Kläger schon Ende November 2006 zu mindestens 25 % arbeitsunfähig war, sodass er bei Ablauf der Wartefrist noch versichert und damit taggeldbezugsberechtigt gewesen wäre.

3.

3.1.

Die Vorinstanz führte im angefochtenen Urteil aus, der Kläger sei am 24. Oktober 2006 von Dr. med. H. untersucht worden. Sowohl dieser wie auch Dr. med. E. hätten dem Kläger in ihren ersten Arztberichten vom 21. November 2006 und 4. Januar 2007 eine 20 %ige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Dr. med. H. habe dies auch auf der Krankenkarte zuhanden der Beklagten vermerkt. Erst rund dreieinhalb Monate später habe Dr. med. H. seine anfängliche Aussage mit Schreiben vom 12. Februar 2007 relativiert, indem er eine höhere Arbeitsunfähigkeit als vertretbar angesehen habe, wobei er ausdrücklich auf das Schreiben der Beklagten Bezug genommen habe, mit welchem der Anspruch auf Taggelderleistungen verneint worden sei. Das Zeugnis von Dr. med. E. vom 7. Mai 2007, mit dem eine 50 %ige Arbeitsunfähigkeit vom 24. Oktober 2006 bis zum Operationstermin festgehalten worden sei, sei auf Veranlassung des Klägers erstellt worden und habe auf einer nachträglichen Untersuchung nach der Operation beruht; eine solche retrospektive Beurteilung sei lediglich eine Vermutung. Zudem enthalte das Arztzeugnis weder eine Anamnese noch medizinische Befunde oder eine Begründung der gegenüber dem Zeugnis vom 21. November 2006 erhöhten Arbeitsunfähigkeit. Er erscheine daher nicht als schlüssig und nachvollziehbar begründet. Bei sich widersprechenden Aussagen oder Arztberichten sei auf die Beweismaxime abzustellen, wonach die Aussagen der ersten Stunde in der Regel unbefangener und zuverlässiger seien als spätere Darstellungen, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein könnten. Den Berichten von Dr. med. H. vom 12. Februar 2007 und von Dr. med. E. vom 7. Mai 2007 komme deshalb nicht derselbe Beweiswert zu wie denjenigen, die vor den ablehnenden Schreiben der Beklagten erstellt worden seien. Die Aussage des Klägers an der Verhandlung, wonach Dr. med. H. am 24. Oktober 2006 einfach etwas eingesetzt habe, ohne danach zu fragen, was er noch machen könne, sei nicht glaubhaft. Der Kläger habe an der Verhandlung geltend gemacht, er habe im Sommer 2006 nur noch zu circa 30 % und nur im Büro arbeiten können. Dies widerspreche den Angaben des Zeugen F., der erklärt habe, dass der Kläger mit den Werkstattarbeiten kurz vor der Operation aufgehört habe. Es bestünden somit erhebliche Zweifel am Vorhandensein einer mehr als 20 %igen Arbeitsunfähigkeit ab dem

massgeblichen Zeitpunkt. Vielmehr erscheine es als bewiesen, dass der Kläger vom 24. Oktober bis 6. Dezember 2006 zu 20 % arbeitsunfähig gewesen sei und eine Arbeitsunfähigkeit von 25 % oder mehr erst seit dem 6. Dezember 2006 bestanden habe. Die Wartefrist sei somit am 7. Januar 2007 abgelaufen, als der Kläger nicht mehr bei der Beklagten versichert gewesen sei. Diese sei daher nicht zur Leistung einer Erwerbsausfallentschädigung verpflichtet. Der Antrag des Klägers auf Einholung eines Gutachtens zur Feststellung seiner Arbeitsunfähigkeit im umstrittenen Zeitraum sei in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, da eine retrospektive Beurteilung des Gesundheitszustandes nach zwei Jahren kaum mehr möglich sei, zumal sich dieser im vorliegenden Fall aufgrund der Operation vom 6. Dezember 2006 wesentlich verändert habe, sodass über die Situation davor Vermutungen angestellt werden müssten.

3.2.

Der Kläger macht in der Appellation geltend, er habe am 8. Mai 2006 bei einer raschen Schulterbewegung einen akuten Schmerz im Bereich der linken Schulter verspürt. Eine Sonographie am 13. Juni 2006 habe eine Partialruptur der Subscapularissehne ergeben. Die Beschwerden hätten sich im Laufe der Zeit erheblich verstärkt, weshalb sich der Kläger im Oktober 2006 in Behandlung zu Dr. H. begeben habe. Dieser habe ihm eine Teilerwerbsunfähigkeit attestiert, die von Dr. E. ohne weitere Kontrolle übernommen worden sei. Am 7. Dezember 2006 sei er von Dr. H. operiert worden und ab diesem Datum ganz arbeitsunfähig gewesen. Noch heute liege eine Erwerbsunfähigkeit von 50 % vor. Allenfalls müsse der Kläger nochmals operiert werden. Mit Schreiben vom 9. Januar 2007 habe die Beklagte die Ausrichtung des Krankentaggeldes abgelehnt. In der Folge habe Dr. H. der Beklagten am 12. Februar 2007 mitgeteilt, dass er damals zwar eine Arbeitsunfähigkeit von 20 % festgelegt habe, diese aber nur geschätzt werden können und durchaus auch 25 % hätte betragen und auch noch höher hätte angesetzt werden können. Auch Dr. E. habe nach erfolgter Operation und Kenntnis der Umstände die Erwerbsunfähigkeit weitaus höher eingeschätzt, wie das Arztzeugnis vom 7. Mai 2007 zeige. Die Vorinstanz habe die Anträge des Klägers auf Einholung eines Gutachtens über den Grad seiner Erwerbsunfähigkeit ab 24. Oktober 2006 und auf Befragung von Dr. H. als Zeuge abgelehnt, wobei sie die Abweisung des letzteren Antrages nicht einmal begründet habe. Die Voraussetzungen für eine antizipierte Beweiswürdigung seien vorliegend nicht gegeben. Die Annahme einer Arbeitsunfähigkeit von 20% basiere einzig auf der Schätzung von Dr. H. vom 24. November 2006, die Dr. E. gemäss eigener Aussage vor Vorinstanz unbesehen übernommen habe und die Dr. H. getroffen habe, ohne sich über das genaue Tätigkeitsprofil des Klägers zu orientieren oder sich an dessen Arbeitsplatz zu begeben, wie er in seinem Schreiben vom 12. Februar 2007 bestätige. Die Vorin-

stanz verhalte sich widersprüchlich, wenn sie das Arztzeugnis von Dr. H. vom Oktober 2006 ohne jegliche Anamnese und Begründung als schlüssig erachte, hingegen das Arztzeugnis von Dr. E. vom 7. Mai 2007 wegen Fehlens einer Anamnese und einer Begründung verwerfe. Der Kläger sei bereits im Januar 2005 an der rechten Schulter operiert worden; damals sei er vor der Operation zu 50 % arbeitsunfähig gewesen. Nach der Operation an der linken Schulter im Dezember 2006 habe Dr. H. erklärt, dass der Schaden diesmal weitaus grösser gewesen sei als bei der rechten Schulter. Bereits der Vergleich der beiden Operationen zeige, dass die unbedachte, ohne Abklärung der Verhältnisse erfolgte Bewertung der Erwerbsunfähigkeit von 20 % nicht den Tatsachen entsprechen könne. Die von der Vorinstanz herangezogene Beweismaxime der Aussagen der ersten Stunden habe das Bundesgericht auf widersprüchliche Angaben des Versicherten über den Unfallhergang angewandt. Für eine ärztliche Beurteilung könne dieses Prinzip jedoch nicht gelten. Ein Arztbericht sei nur etwas wert, wenn er sich auf verlässliche Daten und Fakten stützen könne. Der tatsächliche Umfang der Schädigung habe sich dem operierenden Arzt Dr. H. erst anlässlich der Operation am 7. Dezember 2006 gezeigt. Die genaueste Diagnose der Verletzungen werde sich somit aus dem Operationsbericht ergeben. Gestützt auf den Operationsbericht werde es einem Gutachter möglich sein, das Ausmass der durch die Verletzungen verursachten Beschwerden festzustellen und anschliessend unter Berücksichtigung der von ihm am Arbeitsplatz ausgeführten Tätigkeiten die Arbeitsunfähigkeit verbindlich festzulegen. Sollte eine retrospektive Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit nicht möglich sein, werde der Gutachter dies festhalten. Es gehe jedoch nicht an, die Beweiseignung eines solchen Gutachtens zum vornherein auszuschliessen. Der Kläger beantrage deshalb erneut, dass durch einen ausgewiesenen Facharzt die Höhe seiner Erwerbsunfähigkeit ab 24. Oktober 2006 bis zur Operation aufgrund der Krankengeschichte und einer eingehenden Abklärung seiner Erwerbstätigkeit begutachtet werde und dass Dr. H. über die von ihm getroffenen Abklärungen vor Ausfertigung des ersten Zeugnisses und seine Feststellungen im Rahmen der Operation als Zeuge befragt werde.

3.3.

Die Beklagte hält dem in der Appellationsantwort entgegen, dass Dr. H. den Kläger bereits von Juni 2002 bis März 2004 im Rahmen von Handoperationen und danach erneut im Januar 2006 wegen seiner rechten Schulter behandelt habe. Es sei somit schwer vorstellbar, dass Dr. H. im Oktober 2006 nicht ausreichend über das Tätigkeitsfeld und die Arbeitseinsatzmöglichkeiten des Klägers informiert gewesen sei. Es sei auch nicht schwierig abzuschätzen, welche Tätigkeiten zum Aufgabengebiet des Inhabers einer Garage im Familienbetrieb mit Angestellten zählten. Die diesbezüglichen Aussagen des Klägers und seines Sohnes seien ohnehin widersprüchlich. Bei Dr. H. handle es sich

um einen erfahrenen Spezialisten, der fähig sei, den Umfang der Arbeitsunfähigkeit aufgrund der ihm vorliegenden Anamnese einzuschätzen. Dies sei im Zeitpunkt der Behandlung sicher verbindlicher geschehen als nach gewissem zeitlichem Abstand und unter Druck von verschiedener Seite. Immerhin habe Dr. H. im Bericht vom 4. Januar 2007, d.h. nach erfolgter Operation, dem Kläger immer noch eine 20 %ige Arbeitsunfähigkeit vom 24. Oktober bis 6. Dezember 2006 attestiert. Auch habe Dr. E., der den Kläger am 22. November 2006 zur Voruntersuchung vor der Operation nochmals gesehen habe, den Attest von Dr. H. nicht für unangemessen erachtet. Dr. E. sei aber aufgrund der Behandlung der Hände über die berufliche Tätigkeit des Klägers bestens im Bilde gewesen; er habe damals detailliert ausgeführt, dass der Kläger aufgrund der Handprobleme keine Garagistenarbeiten mehr durchführen könne, sondern sich auf die Erledigung administrativer Angelegenheiten beschränken müsse. Es liege in der Natur der Sache, dass der Umfang einer Arbeitsunfähigkeit geschätzt werden müsse und nicht allein durch Daten und Fakten oder gar eine Operation überprüft werden könne. Die Beweismaxime der Aussagen der ersten Stunden könne sehr wohl auf vorliegenden Sachverhalt angewendet werden, zumal auch der Erfahrungstatsache Rechnung zu tragen sei, dass Hausärzte mitunter in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen würden. Da Dr. H. mann in einer vergleichbaren Stellung zum Kläger stehe, könne dessen Zeugenbefragung keine zusätzlichen verlässlichen Angaben hervorbringen, zumal das menschliche Erinnerungsvermögen hinsichtlich Einzelheiten relativ rasch verblasse. Mehr als zwei Jahre nach dem Ereignis sei die Zeugenbefragung von Dr. H. daher ein untaugliches Beweismittel. Entscheidend für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit sei der Gesamteindruck zur fraglichen Zeit. Er lasse sich nicht alleine aus den Befunden der Schädigung schliessen. Eine heutige persönliche Untersuchung nach vorgenommener Operation und verändertem Zustand sei obsolet. Ein Gutachten könnte sich daher lediglich auf die Akten und den Operationsbericht stützen und damit auf rein medizinisch-theoretischen Feststellungen basieren. Dr. E. und Dr. H. seien demgegenüber nebst dem Befund auch die konkrete Tätigkeit des Klägers bekannt gewesen. Dr. H. habe im Zusammenhang mit der anderen Schulter die Arbeitsfähigkeit bereits mehrfach abgeschätzt. Nachdem Tätigkeit und Befund klar gewesen seien, seien die behandelnden Ärzte bei ihren damaligen Attesten zu behaften. Auf nunmehrige Gefälligkeitsatteste im Bewusstsein um die versicherungsmässigen Voraussetzungen könne nicht abgestellt werden. Nachdem der Kläger anfänglich nicht gegen die ärztliche Einschätzung opponiert habe und über das Ausmass seiner Tätigkeit widersprüchliche Angaben bestünden, könne ein nachträglich erstelltes Gutachten keine neuen präziseren Erkenntnisse für die Beurteilung des relevanten Sachverhaltes erbringen. Die beantragten Beweiserhebungen seien daher abzulehnen. Da der Kläger verschiedentlich widersprüchliche Angaben gemacht habe und somit begründete Zweifel an sei-

ner Glaubwürdigkeit bestünden, seien die Voraussetzungen einer antizipierten Beweiswürdigung gegeben.

4.

4.1.

Wer gegenüber dem Versicherer einen Anspruch erhebt, ist für den Eintritt des Versicherungsfalles behauptungs- und beweispflichtig. Da dieser Beweis regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insoweit eine Beweiserleichterung und genügt er seiner Beweislast, wenn er den Eintritt des Versicherungsfalles überwiegend wahrscheinlich zu machen vermag. Die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit sind höher als bei demjenigen der Glaubhaftmachung: Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen, noch vernünftigerweise in Betracht fallen. Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 Erw. 3; BGE 5C.11/2002 E. 2a/aa; Nef, in: Basler Kommentar zum VVG, 2001, N 21 und 27 zu Art. 39 VVG; Schaer, Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, S. 571 ff.).

4.2.

Der verfassungsrechtliche Gehörsanspruch gebietet, rechtzeitig und formrichtig angebotene Beweismittel abzunehmen, es sei denn, diese beträfen eine nicht erhebliche Tatsache oder seien offensichtlich untauglich, über die streitige Tatsache Beweis zu erbringen (BGE 5P.102/2003 Erw. 1.1.; BGE 124 I 241 Erw. 2; BGE 117 Ia 262 Erw. 4b). Eine vorweggenommene Beweiswürdigung wird dadurch aber nicht ausgeschlossen; der Richter kann vielmehr das Beweisverfahren schliessen, wenn er aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, seine Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 5P.102/2003 Erw. 1.1.; BGE 115 Ia 97 Erw. 5b; BGE 122 II 464 Erw. 4a).

4.3.

Für den Beweiswert eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist und in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und Situation einleuchtet sowie ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind. Der Richter darf und soll auch der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zwei-

felsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (BGE 125 V 351 Erw. 3 mit Hinweisen).

5.

5.1.

Mit Überweisungsschreiben vom 4. Januar 2007 berichtete Dr. med. H., Facharzt für Orthopädie und Handchirurgie, Rheinfelden, der Beklagten, er habe den Kläger nach einer Erstkonsultation am 24. Oktober 2006 wegen einer Rotatorenmanschettenfraktur an der linken Schulter am 7. Dezember 2006 mit offener Naht operiert, wobei die Arbeitsunfähigkeit vom 24. Oktober bis 6. Dezember 2006 20 % und ab dem 7. Dezember 2006 für voraussichtlich 4 Monate 100 % betrage (Klageantwortbeilage 8). In der Krankenkarte der Kollektiv-Krankentaggeld-Ver-sicherung der Beklagten hat Dr. H. ebenfalls eine Arbeitsunfähig-keit des Klägers von 20 % ab 24. Oktober 2006 bzw. von 100 % ab dem 7. Dezember 2006 und von 50 % ab dem 24. März 2007 vermerkt (Bei-lage 1 zur Eingabe des Klägers vom 15. Oktober 2007). Auf den abschlä-gigen Krankentaggeldbescheid der Beklagten vom 23. Januar 2007 hin (Klagebeilage 7) teilte Dr. H. mit Schreiben vom 12. Februar 2007 der Beklagten mit, er habe die ursprünglich auf 20 % festgelegte Arbeits-unfähigkeit nur schätzen können, da er sich ja nicht an den Arbeitsplatz begeben könne; die Arbeitsunfähigkeit hätte auch 25 % betragen können - was angesichts der angegebenen Beschwerden vertretbar gewesen wäre - oder auch noch höher angesetzt werden können; er ersuche die Beklagte deshalb, ihr Vorgehen nochmals zu überdenken und eine für den Kläger akzeptable Lösung zu suchen (Klagebeilage 8). Vorinstanz und Beklagter ist zuzustimmen, dass mit dieser Stellungnahme der Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit des Klägers im fraglichen Zeitraum von mindestens 25 % nicht als erbracht gelten kann: Zum einen fehlt eine Er-klärung, dass und gegebenenfalls welche neuen Erkenntnisse den Arzt zu einer retrospektiven Neueinschätzung der Arbeitsunfähigkeit bewogen haben. Zum anderen wird die ursprüngliche Einschätzung der Arbeitsun-fähigkeit nicht als falsch bezeichnet, sondern lediglich zum Ausdruck ge-bracht, dass angesichts der damals geklagten Beschwerden auch eine höhere Festlegung der Arbeitsunfähigkeit auf 25 % oder gar mehr möglich und vertretbar gewesen wäre. Fällt aber die Möglichkeit, dass die Arbeits-unfähigkeit weniger als 25 % betragen hat, weiterhin vernünftigerweise in Betracht, ist der Nachweis einer höheren Arbeitsunfähigkeit nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erbracht (vgl. Erw. 4.1.). Soweit der Kläger moniert, Dr. H. habe die ursprüngliche Einschätzung einer 20 %igen Arbeitsunfähigkeit ohne nähere Kenntnis und Abklärung seines Tätigkeitsprofils abgegeben, ist ihm entgegenzuhalten, dass er von die-sem Arzt bereits in den Jahren 2002 bis 2004 wegen eines Karpaltunnel-syndromes (Klageantwortbeilagen 6 und 10) und Anfang 2006 wegen ei-ner Rotatorenmanschettenfraktur an der rechten Schulter behandelt wurde (Klageantwortbeilage 7) und in diesem Zusammenhang von der

Beklagten unbestrittenermassen Krankentaggelder wegen (teilweiser) Arbeitsunfähigkeit bezog. Er kann daher nicht ernsthaft behaupten, der ihn seit mehreren Jahren behandelnde Arzt habe nicht über die für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit erforderliche Kenntnis seiner Berufstätigkeit verfügt. Sein Einwand, der Arzt habe die Schwere der Schulterverletzung und damit das Ausmass der vorgängigen Arbeitsunfähigkeit erst anlässlich der Operation erkennen können, zielt ebenfalls ins Leere, nachdem Dr. H. in dem rund einen Monat nach erfolgter Operation verfassten Bericht vom 7. Januar 2007 nach wie vor an seiner ursprünglichen Einschätzung einer präoperativen Arbeitsunfähigkeit von 20 % festgehalten und diese erst in Reaktion auf den abschlägigen Leistungsbescheid der Beklagten relativiert hat. Wenn Dr. H. in seinem Schreiben vom 12. Februar 2007 ausführt, er habe die Arbeitsfähigkeit im Oktober 2006 nur schätzen können, da er sich ja nicht an den Arbeitsplatz habe begeben können, bildet dies keine nachvollziehbare Begründung für seine abweichende Neu Beurteilung, zumal er - wie bereits erwähnt - nicht darlegt, welche neuen Abklärungen und Erkenntnisse ihn bewogen haben, seine ursprüngliche Einschätzung zu revidieren. Ärzte beurteilen im Übrigen die Arbeitsfähigkeit regelmässig aufgrund ihres allgemeinen Wissensstandes über die mit einer bestimmten Berufstätigkeit verbundenen Anforderungen und nicht mittels persönlicher Erhebungen am Arbeitsplatz, wobei das Resultat notorischerweise einer Schätzung und keinem mit mathematischer Genauigkeit ermittelten Wert entspricht. Das Schreiben von Dr. H. vom 12. Februar 2007 erscheint nach dem Gesagten als reines Gefälligkeitsattest ohne Beweiswert, das weder nachvollziehbar begründet noch schlüssig und zudem im offenkundigen Bestreben, die Beklagte zu einer Leistungszusprache zu bewegen, verfasst worden ist, was ebenfalls gegen seine Zuverlässigkeit spricht. Bei dieser Sachlage durfte die Vorinstanz von einer Befragung von Dr. H. absehen, ohne sich dem Vorwurf der Gehörsverletzung auszusetzen, da angesichts der Stellungnahme vom 12. Februar 2007 nicht zu erwarten war, es seien aus einer Einvernahme des Arztes als Zeuge neue entscheidrelevante Erkenntnisse zu gewinnen.

5.2.

Dr. med. E. Arzt für Allgemeine Medizin in Wallbach und Hausarzt des Klägers in der fraglichen Zeit, bescheinigte gegenüber der Beklagten mit Bericht vom 21. November 2006 eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers in Zusammenhang mit der Rotatorenmanschettenruptur an der linken Schulter von 20 % ab dem 24. Oktober 2006 und von 100 % ab dem 7. Dezember 2006 (Klagebeilage 6). Mit "Arbeitsunfähigkeitszeugnis" vom 7. Mai 2007 legte er die Arbeitsunfähigkeit auf 50 % ab dem 24. Oktober 2006 fest (Replikbeilage). In der Zeugenbefragung vor Vorinstanz führte Dr. E. aus, dass er beim Kläger im November 2006 lediglich eine Voruntersuchung mit Hinblick auf die bevorstehende Operation, jedoch keine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit vorgenommen, sondern

die betreffende Einschätzung aus dem Zeugnis von Dr. H. übernommen habe. Der Kläger sei dann im Mai 2007 wieder bei ihm erschienen und habe ihm erklärt, Dr. H. sei inzwischen der Meinung, dass die Arbeitsunfähigkeit auch höher hätte sein können. Er habe daraufhin retrospektiv geschätzt, dass die Arbeitsunfähigkeit ab Oktober 2006 bis zur Operation 50 % betragen habe (act. 66 f.). Diese Ausführungen erhellen, dass Dr. E. den Kläger in der fraglichen Zeit nicht mit Hinblick auf seine Arbeitsfähigkeit untersucht hat und somit seine retrospektive Beurteilung vom 7. Mai 2007 nicht auf eigene Erhebungen über den damaligen Gesundheitszustand und die damit verbundenen Einschränkungen, sondern lediglich auf bereits vorhandene Unterlagen und die nachträglichen Angaben des Klägers abstützen konnte. Die Vorinstanz ist daher zu Recht zum Schluss gekommen, dass auf die Beurteilung von Dr. E. nicht abgestellt werden kann.

5.3.

Soweit der Kläger schliesslich beantragt, es sei eine gerichtliche Expertise anzuordnen, die seine Arbeitsfähigkeit vor der Operation gestützt auf den Operationsbericht zu beurteilen habe, ist ihm entgegenzuhalten, dass ein Operationsbericht bislang nicht verurkundet wurde und sich ein solcher, sofern er existiert, wohl im Besitze des operierenden Arztes Dr. H. befinden dürfte. Der Kläger hat es aber versäumt, rechtzeitig im erstinstanzlichen Behauptungsverfahren (vgl. Erw.1.1.) die Einleitung eines Editionsverfahrens i.S.v. § 238 ZPO zu beantragen. Allein gestützt auf die im Recht liegenden medizinischen Unterlagen, die im Wesentlichen in sich widersprechenden Arbeitsfähigkeitsattesten bestehen, wird ein Gutachter keine schlüssige Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers vor der Operation vom 7. Dezember 2006 abgeben können. Aus einer nachträglichen Begutachtung des Klägers lassen sich sodann wegen des infolge der Operation veränderten Gesundheitszustandes keine Schlüsse auf die im November/Dezember 2006 gegebene Arbeitsfähigkeit ziehen. Die vom Kläger angerufene Expertise erweist sich somit als untaugliches Beweismittel für die Erhellung des beweis erheblichen Sachverhaltes und die Vorinstanz durfte in antizipierter Beweiswürdigung von deren Einholung absehen.

5.4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine taggeldanspruchs begründende Arbeitsunfähigkeit des Klägers vor dem Operationstermin vom 7. Dezember 2006 nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt ist. Die Vorinstanz hat die Klage demnach zu Recht abgewiesen.

6.

Bei diesem Ausgang hat der Kläger die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen und der Beklagten deren obergerichtlichen Anwaltskosten zu ersetzen (§ 112 ZPO).

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Appellation wird abgewiesen.

2.

Die obergerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 4'500.--, der Kanzleigebür und Auslagen von Fr. 278.--, insgesamt Fr. 4'778.--, werden dem Kläger auferlegt.

3.

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten deren zweitinstanzliche Anwaltskosten in gerichtlich genehmigter Höhe von Fr. 5'467.70 (inkl. MWSt von Fr. 386.20) zu bezahlen.

Zustellung an:

die Parteien (Vertreter, je zweifach)
die Vorinstanz

Mitteilung an:

das Bundesamt für Privatversicherung

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.-- bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.-- beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen,

inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt über Fr. 30'000.--.

Aarau, 23. Juni 2009

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 1. Kammer

Der Präsident:



Hunziker

Der Gerichtsschreiber:



Tognella

